النهاية في شرح الهداية

للشيخ الإمام العلامة المحقق النبيل الفهامة
حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي
المتوفى سنة ٧١٤ هجرية رحمه الله تعالى

تطبع كاملة للمرة الأولى في العالم
محققة ومنقحة عن ثماني عشرة (١٨) نسخة خطية

قدم لها وحقق نصوصها وعلق عليها
الحافظ المولوي محمد أحمد الحقاني الأفغاني
ابن العلامة الكبير شيخ الحديث والتفسير الحاج مولانا عبد القادر النهركاريزي
غفر الله لهما ولوالديهما وأحسن إليهما

الجزء الخامس

المحتوى:

العتاق - الأيمان - الحدود - السرقة - السير

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: النهاية في شرح الهداية

Title: AN-NIHĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي - شروح

Classification: Hanafit jurisprudence - Explanations

المؤلف: العلّامة حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السغناقي (ت ٧١٤ هـ)

Author: Al-Allama Housamuddin Houssein ben Ali ben Hajjaj Al-Sighnaqi (D. 714 H.)

المحقق: الحافظ المولوي محمّد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Al-Hafiz Al-Mawlawi Mohammed Ahmad Al-Hakkani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages: (11Parts/11Vols.)	6840	عدد الصفحات: (١١جزء/١١مجلد)
Size:	17 x 24 cm	قياس الصفحات:
Year:	2023 A.D. - 1445 H.	سنة الطباعة:
Printed in: Lebanon		بلد الطباعة: لبنان
Edition: 1st (2 Colors)		الطبعة: الأولى (لونان)

sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
http://www.al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٥٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٩٦١+
فاكس: ٥٨٠٤٨١٣ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN: 978-2-7451-9445-9

بسم الله الرحمن الرحيم

(كِتَابُ العِتَاقِ)

كتـابُ العتاق

بسم الله الرحمن الرحيم

ذكر العتاق بعد الطلاق؛ لأنَّهما مبنيان على الإسقاط والسراية واللزوم، حتى صحَّ التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل، إمَّا إفسادًا في الملك أو تحقيقـًا للعتق، ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق، إلا أنه قدَّم الطلاق على العتاق مع أنه غير مندوب إليه، والعتاق مندوب إليه بمقابلة ذكر النكاح على ما ذكرنا.

ثم له محاسن كثيرةٌ؛ إذ هو عبارة عن إثبات القوة الشرعيَّة بإزالة الضعف الشرعي في بني آدم، وحُسن هذا لا يشكل على عاقل، ومن أراد أن يعلم حُسنه فليعتبر بإزالة الضعف الحقيقي وإثبات القوة الحقيقية؛ ولأنه بالإعتاق صار كأنه أحياه؛ لِمَا أن الرق من آثار الكفر، والكفر موت حكمي، فكان إزالته إحياءً حكميًّا، والإحياء محمودٌ.

ولأن العبد بسبب الرق كان ملحقًا بالجمادات حتى عُرِض في المَعْرض، وبالإعتاق أخذ صفة الآدمية حتى صار أهلًا للشهادة والولاية والتصرف في الأموال.

ولأن الإعتاق يصير وسيلةً إلى قضاء حق الوالدين، فإن الولد لا يقدر على قضاء حق الوالدين إلا أن يصنعَ بهما مثل صنيعهما به من التربية والإنفاق، ولا يقدر على ذلك إلا بحصول العتق له.

ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة خمسة أشياء: معرفة تفسير العتق لغةً، وشرعًا، وسببه، وشرطه، وركنه، وحكمه، وصفته.

الإِعْتَاقُ تَصَرُّفٌ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَيُّمَا مُسْلِمٍ أَعْتَقَ

أمَّا تفسيرُه لغةً: فعبارةٌ عن القوة، يقال: عتق الفرخُ إذا قويَ وطار عن وَكره، وسُمِّي القديم عتيقاً لقوة سَبْقه، والكعبةُ البيتَ العتيقَ لقدمها؛ لأنه أوَّل بيت وضع للناس، أو لقوَّتها؛ لأنها لم يَسْتَول عليها جبار.

وأمَّا تفسيرُه شرعًا: فهو عبارة عن قوَّةٍ حكميةٍ يصير بها أهلًا للقضاء والشهادة والولايات.

وأمَّا سببُه فنوعان: في الواجبات ما شغل ذِمَّته بوجوب الإعتاق من النذور والكفارات، وفي غير الواجبات هو ملك القريب وغيره، والنشاط الدَّاعي إليه في نفسه من طلب الثواب أو طلب رضاء غيره.

وأمَّا شرطُه: فأن يكون المعتق حرًّا بالغاً عاقلًا مالكًا ملك اليمين.

وأمَّا رُكنُه: فهو ما ثبتَ به العتق، وهو نوعان صريحٌ وكنايةٌ.

وأمَّا حكمُه: الخاصُّ فهو زوال الرق والملك عن المحل.

وأمَّا صفتُه: فإنه مندوب إليه لكنه ليس بعبادة حتى صح من الكافر.

وذكر في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: أسباب العتق كثيرةٌ: منها الإعتاق، ومنها دعوى النسب، ومنها الاستيلاد، ومنها ملك القريب، ومنها العبد المسلم إذا زالت يد الكافر عنه، بأن اشترى الحربي في دارنا عبدًا مسلمًا، فدخل به في دار الحرب يعتق في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، ومنها إذا أقرَّ بحرية عبد إنسان ثم ملكه.

والإعتاق على وجوه: مرسل، ومعلق، ومضاف إلى ما بعد الموت، وكل ذلك يتنوع إلى نوعين ببدل وبغير بدل.

وألفاظ العتق ضربان: صريحٌ، وكنايةٌ.

قوله: الإِعْتَاقُ تَصَرُّفٌ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، ثمَّ الدليل على أنه مندوب إليه الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

مُؤْمِنًا أَعْتَقَ اللهُ تَعَالَى بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ» وَلِهَذَا اسْتَحَبُّوا أَنْ يُعْتِقَ الرَّجُلُ العَبْدَ وَالمَرْأَةُ الأَمَةَ لِيَتَحَقَّقَ مُقَابَلَةُ الأَعْضَاءِ بِالأَعْضَاءِ.

قَالَ: (العِتْقُ يَصِحُّ مِنَ الحُرِّ البَالِغِ العَاقِلِ فِي مِلْكِهِ) شَرْطُ الحُرِّيَّةِ لِأَنَّ العِتْقَ لا يَصِحُّ إِلَّا فِي المِلْكِ وَلا مِلْكَ لِلْمَمْلُوكِ وَالبُلُوغِ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا، وَلِهَذَا لا يَمْلِكُهُ الوَلِيُّ عَلَيْهِ، وَالعَقْلِ لِأَنَّ المَجْنُونَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ،

أمَّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ مَا ٱلۡعَقَبَةُ ۝١٢ فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ إلى قوله: ﴿أُوْلَـٰٓئِكَ أَصۡحَـٰبُ ٱلۡمَيۡمَنَةِ ۝١٨﴾ [البلد: ١٢-١٨]، جعل فك الرقبة من خصال أصحاب اليمين، ومن نظر في نظم هذا الكلام حق النظر علم عُلوّ مرتبة الإعتاق، حيث ذكر مجملًا أولًا على وجه لا يعرف أحد كنهه بقوله: ﴿وَمَآ أَدۡرَىٰكَ﴾ ثم ذكر مفصلًا ثانيـًا بقوله: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ ۝١٣﴾ على وجه البيان لذلك المجمل.

وأمَّا السنة فهى ما ذكر في الكتاب، حيث جعله سبب النجاة عن النار التي هي معدة للكافرين بقوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱلنَّارَ ٱلَّتِيٓ أُعِدَّتۡ لِلۡكَـٰفِرِينَ ۝١٣١﴾ [آل عمران: ١٣١]، والمناسبة فيه هي أن المعتِق لما رفع بالإعتاق عنه أثر الكفر في الدنيا، رفع الله عنه عقوبة أهل الكفر في الآخرة، وهي النار، ولمَّا ذُكر في الحديث مقابلة العضو بالعضو في حق النجاة عن النار استحسنوا للرجل أن يعتق العبدَ، وللمرأة أن تعتقَ الأمة؛ لِتَتَحَقَّقَ مُقَابَلَةُ الأَعْضَاءِ بِالأَعْضَاءِ.

وفي حديث براء ابن عازب رضي الله عنه: أن رجلًا سأل رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقال: دلَّني على عمل يدخلني الجنة، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لئن أوجزت الخطبة، لقد أعرضت المسألة، فك الرقبة، وأعتق النسمة»، فقال: أليسا واحدًا يا رسول الله؟ فقال: «لا عتق النسمة أن يعتقها، وفكُّ الرَّقبة أن تعين في ثمنها».

وأمَّا الإجماع فظاهر.

وأمَّا المعقول فإنه تمكين المكلف من العبادة أجمع، والتأمل في آيات الآفاق والأنفس

وَلِهَذَا لَوْ قَالَ البَالِغُ: أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، وَكَذَا إذَا قَالَ المُعْتِقُ أَعْتَقْتُ وَأَنَا مَجْنُونٌ وَجُنُونُهُ كَانَ ظَاهِرًا لِوُجُودِ الإِسْنَادِ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الصَّبِيُّ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ إذَا احْتَلَمْتُ لا يَصِحُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِقَوْلٍ مُلْزِمٍ، وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ العَبْدُ فِي مِلْكِهِ حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ لا يَنْفُذُ عِتْقُهُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لا عِتْقَ فِيمَا لا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ».

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ أَوْ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ قَدْ حَرَّرْتُكِ أَوْ قَدْ

فكان مندوباً إليه، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«المنشور» وغيرهما.

قوله: وَلِهَذَا لَوْ قَالَ البَالِغُ: أَعْتَقْتُ وَأَنَا صَبِيٌّ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ، يستدل بهذه المسألة على أن الصبا منافٍ للإعتاق، فإنه لمَّا أسند الإعتاق إلى تلك الحالة صحَّ لإسناده إلى حالة منافية للإعتاق، فكان القول قوله؛ لأنه منكر للإعتاق والقول قول المنكر.

قوله: وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَوْ أَمَتِهِ أَنْتَ حُرٌّ أَوْ مُعْتَقٌ أَوْ عَتِيقٌ، إلى آخره، ذكر في «المبسوط»: ثم الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان:

صريح وكناية، فالصريح لفظ العتق، والحرية، والولاء، ويستوي إن ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر، أو الوصف، أو النداء.

أمَّا صيغة الخبر فأن يقول: قد أعتقتك، أو حررتك، وأمَّا صيغة الوصف فأن يقول: أنت حر، أو أنت عتيق، والمنادى قوله: يا حر، يا عتيق، وكذلك لو قال لعبده: هذا مولاي، إلى آخره.

وممَّا يلحق بالصريح هاهُنا قوله لمملوكه: وهبتُ نفسك منك، أو بعتُ نفسك منك، فإنه يعتق به وإن لم ينو؛ لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملك، إلا أنه إن أوجبه لإنسان آخر يكون مزيلًا لملكه إليه، فيتوقف على قبوله، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلًا بطريق الإسقاط لا إليه، فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بردِّه.

أَعْتَقْتُكِ فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِهِ العِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلْفَاظَ صَرِيحَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ شَرْعًا وَعُرْفًا فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنِ النِّيَّةِ وَالوَضْعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الإِخْبَارِ فَقَدْ جُعِلَ إِنْشَاءً فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ لِلْحَاجَةِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَالبَيْعِ وَغَيْرِهِمَا (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ بِهِ الإِخْبَارَ البَاطِلَ أَوْ أَنَّهُ حُرٌّ مِنَ العَمَلِ صُدِّقَ دِيَانَةً) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ (وَلَا يَدِينُ قَضَاءً) لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ يُعْتَقُ) لِأَنَّهُ نِدَاءٌ بِمَا هُوَ صَرِيحٌ فِي العِتْقِ وَهُوَ لِاسْتِحْضَارِ المُنَادَى بِالوَصْفِ المَذْكُورِ هَذَا هُوَ حَقِيقَتُهُ فَيَقْتَضِي تَحَقُّقَ الوَصْفِ فِيهِ وَأَنَّهُ يَثْبُتُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَقْضِي بِثُبُوتِهِ تَصْدِيقًا لَهُ فِيمَا أَخْبَرَ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى إِلَّا إِذَا سَمَّاهُ حُرًّا ثُمَّ نَادَاهُ يَا حُرُّ لِأَنَّ مُرَادَهُ الإِعْلَامُ بِاسْمِ عَلَمِهِ وَهُوَ مَا لَقَّبَهُ بِهِ، وَلَوْ نَادَاهُ بِالفَارِسِيَّةِ يَا آزَادَ وَقَدْ لَقَّبَهُ بِالحُرِّ قَالُوا يُعْتَقُ، وَكَذَا عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنِدَاءٍ بِاسْمِ عَلَمِهِ فَيُعْتَبَرُ إِخْبَارًا عَنِ الوَصْفِ.

(وَكَذَا لَوْ قَالَ رَأْسُكَ حُرٌّ أَوْ وَجْهُكَ أَوْ رَقَبَتُكَ أَوْ بَدَنُكَ أَوْ قَالَ لِأَمَتِهِ فَرْجُكِ حُرٌّ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلْفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ يَقَعُ فِي ذَلِكَ الجُزْءِ، وَسَيَأْتِيك الِاخْتِلَافُ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

وذكر في «الإيضاح»، و«الذخيرة» وغيرهما: فالصريح ما وضع له، والوضع يغني عن النية وذلك لفظان: الحرية والعتق، وهما لفظان موضوعان لا يشترط فيهما النية؛ لأن النية إنما تعتبر فيما إذا كان مراد المتكلم مشتبهًا.

قوله: وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ، أراد به قوله في مسألة يا ابني: إِلَّا أَنَّهُ إِذْ كَانَ بِوَصْفٍ، إلى آخره، ثم أحال هناك أيضًا إلى هنا **بقوله:** عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

قوله: وَكَذَلِكَ عَكْسُهُ، بأن ناداه بقوله: يا حر، وقد لقبه آزاد.

(وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى جُزْءٍ مُعَيَّنٍ لا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُمْلَةِ كَاليَدِ وَالرِّجْلِ لا يَقَعُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالكَلَامُ فِيهِ كَالكَلَامِ فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (وَلَوْ قَالَ لا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ وَنَوَى بِهِ الحُرِّيَّةَ عَتَقَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ لا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ لِأَنِّي بِعْتُك، وَيُحْتَمَلُ لِأَنِّي أَعْتَقْتُك فَلا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا مُرَادًا إلَّا بِالنِّيَّةِ.

قَالَ: (وَكَذَا كِنَايَاتُ العِتْقِ) وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ خَرَجْتِ مِنْ مِلْكِي وَلا سَبِيلَ لِي عَلَيْكِ وَلا رِقَّ لِي عَلَيْكِ وَقَدْ خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ نَفْيَ السَّبِيلِ وَالخُرُوجَ عَنِ المِلْكِ وَتَخْلِيَةُ السَّبِيلِ بِالبَيْعِ أَوِ الكِتَابَةِ كَمَا يَحْتَمِلُ بِالعِتْقِ فَلا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَكَذَا قَوْلُهُ لِأَمَتِهِ قَدْ أَطْلَقْتُكِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ خَلَّيْتُ سَبِيلَكِ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - بِخِلَافِ قَوْلِهِ طَلَّقْتُكِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ مِنْ بَعْدُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَلَوْ قَالَ لا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكِ وَنَوَى العِتْقَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ السُّلْطَانَ عِبَارَةٌ عَنِ اليَدِ، وَسُمِّيَ السُّلْطَانُ بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ يَبْقَى المِلْكُ دُونَ اليَدِ كَمَا فِي المُكَاتَبِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: لا سَبِيلَ لِي عَلَيْك لِأَنَّ نَفْيَهُ مُطْلَقًا بِانْتِفَاءِ المِلْكِ لِأَنَّ لِلْمَوْلَى عَلَى المُكَاتَبِ سَبِيلًا فَلِهَذَا يَحْتَمِلُ العِتْقَ.

قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهِ: طَلَّقْتُكِ، أي: في قوله أطلقتك، يثبت العتق ولا يثبت في طلقتك، وإن كانا سواءً في اللغة؛ لأن قوله طلقتك صار صريحًا في الطلاق عن النكاح، فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه، وأمَّا أطلقتك فلم يستعمل فيه، ثم بينه وبين قوله: خليت سبيلك مناسبة، فيجري مجراه.

قوله: لِأَنَّ لِلْمَوْلَى عَلَى المُكَاتَبِ سَبِيلًا، من حيث المطالبة ببدل الكتابة، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه عتق، كذا في «المبسوط».

(وَلَوْ قَالَ هَذَا ابْنِي وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ عَتَقَ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ، فَإِنْ كَانَ لا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ ذَكَرَهُ بَعْدَ هَذَا؛ ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لِأَنَّ وِلايَةَ الدَّعْوَةِ بِالمِلْكِ ثَابِتَةٌ وَالعَبْدُ مُحْتَاجٌ إِلَى النَّسَبِ فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَإِذَا ثَبَتَ عَتَقَ لِأَنَّهُ يَسْتَنِدُ النَّسَبُ إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ لِلتَّعَذُّرِ وَيُعْتَقُ إِعْمَالا لِلَّفْظِ فِي مَجَازِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِعْمَالِهِ بِحَقِيقَتِهِ، وَوَجْهُ المَجَازِ نَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَلَوْ قَالَ هَذَا مَوْلايَ أَوْ يَا مَوْلايَ

قوله: هَذَا ابْنِي وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ عَتَقَ، قيل **قوله:** وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ، خرج اتفاقـًا، ولهذا لم يذكر هذا اللفظ في «المبسوط».

وقيل: ذكر في «شرح بُنْدَار الرازي»، وفي «شرح القدوري»: أنه شرط حتى لا يعتق بدونه.

ورأيتُ بخط شيخي رحمه الله: وفي «شرح القدوري» لأبي الفضل رحمهما الله أراد **بقوله:** وَثَبَتَ عَلَى ذَلِكَ، أنه لم يدع به الكرامةَ والشفقةَ، حتى لو ادعى ذلك تصدق، وبخطِّه أيضـًا: شرط الثبات لثبوت النسب، لا لثبوت العتق؛ إذ الرجوع عن العتق لا يصح، وعن النسب يصح، نصَّ عليه في «أصول الفقه» لفخر الإسلام في آخر باب الحقيقة والمجاز.

قوله: وَإِنْ كَانَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ، ويعتق، وهذا بخلاف قوله: لامرأته هذه بنتي، وهي معروفة النسب من الغير، فإنه لا تقع الفرقة بينهما؛ لأن هناك صار مكذبًا في حق النسب شرعـًا.

ولو أكذب نفسه بأن قال: غلطتُّ لا تقع الفرقة، وإن لم يكن لها نسبٌ معروفٌ، فكذلك إذا صار مكذبـًا شرعـًا، وهاهُنا لو أكذب المولى نفسه في حق من لا نسبَ له كان العتق ثابتًا، وكذلك إذا صار مكذبـًا في النَّسب شرعـًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ هَذَا مَوْلايَ أَوْ يَا مَوْلايَ عَتَقَ، أي: بدون النية، وقال زفر رحمه الله: لا يعتق إلا بالنية، وإنا نقول: الكلام محمول على حقيقته ما أمكن، وحقيقة **قوله:** يَا مَوْلايَ، لا يكون

عَتَقَ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ اسْمَ المَوْلَى وَإِنْ كَانَ يَنْتَظِمُ النَّاصِرَ وَابْنَ العَمِّ وَالمُوَالاةُ فِي الدِّينِ وَالأَعْلَى وَالأَسْفَلِ فِي العَتَاقَةِ إِلَّا أَنَّهُ تَعَيَّنَ الأَسْفَلُ فَصَارَ كَاسْمٍ خَاصٍّ لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ المَوْلَى لا يَسْتَنْصِرُ بِمَمْلُوكِهِ عَادَةً وَلِلْعَبْدِ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فَانْتَفَى الأَوَّلُ، وَالثَّانِي وَالثَّالِثُ نَوْعُ مَجَازٍ، وَالكَلَامُ لِلْحَقِيقَةِ وَالإِضَافَةُ إِلَى العَبْدِ تُنَافِي كَوْنَهُ مُعْتَقًا فَتَعَيَّنَ المَوْلَى الأَسْفَلُ فَالتَحَقَ بِالصَّرِيحِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ: هَذِهِ مَوْلَاتِي لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ قَالَ: عَنَيْتُ بِهِ المَوْلَى فِي الدِّينِ أَوِ الكَذِبَ يُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، وَلَا يُصَدَّقُ فِي القَضَاءِ لِمُخَالَفَتِهِ الظَّاهِرَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَيَّنَ الأَسْفَلُ مُرَادًا التَحَقَ بِالصَّرِيحِ وَبِالنِّدَاءِ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ يُعْتَقُ بِأَنْ قَالَ: يَا حُرُّ يَا عَتِيقُ فَكَذَا النِّدَاءُ بِهَذَا اللَّفْظِ، وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ - لا يُعْتَقُ فِي الثَّانِي لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ الإِكْرَامَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ يَا سَيِّدِي يَا مَالِكِي، قُلْنَا: الكَلَامُ لِحَقِيقَتِهِ وَقَدْ أَمْكَنَ العَمَلُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يَخْتَصُّ بِالعِتْقِ فَكَانَ إِكْرَامًا مَحْضًا.

إلا بولاية عليه، والمعتِق متعيِّن لذلك، فهذا وقوله: يا حرُّ يا عتيق سواء، بخلاف قوله: يا سيِّدي ويا مالكي؛ لأنه ليس فيه ذكر ما يختص بإعتاقه إيَّاه.

قوله: بِخِلَافِ مَا ذَكَرَهُ، وهو قوله: يا مالكي ويا سيِّدي، أي: لا يثبت العتق بهما، ويثبت بقوله: يا مولاي؛ لأن في قوله: يا مولاي، يثبت صفة في العبد من جانب المنادي، وهو إثبات ولاء له عليه، وذلك لا يكون إلا بسابقة العتق، وهو ولاءُ العتاقة فيثبت العتق؛ لأنه ممَّا يمكن إثباته في الحال من جانب المنادي.

أمَّا قوله: يا مالكي ويا سيدي، لا يثبت بهذين اللفظين صفة في العبد من جهة المنادي؛ لأنه لو ثبت بهما الحرية لا يكون العبد سيدًا ومالكًا لمولاه، فلمَّا لم تثبت صفة السيادة والمالكية في العبد من جانب المنادي بهذين اللفظين، لم يثبت العتق بِهما، فحينئذٍ يحمل

(وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ) لِأَنَّ النِّدَاءَ لِإِعْلَامِ الْمُنَادَى إلَّا أَنَّهُ إذْ كَانَ بِوَصْفٍ يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِتَحْقِيقِ ذَلِكَ الْوَصْفِ فِي الْمُنَادَى اسْتِحْضَارًا لَهُ بِالْوَصْفِ الْمَخْصُوصِ كَمَا فِي قَوْلِهِ يَا حُرُّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا كَانَ النِّدَاءُ بِوَصْفٍ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهُ مِنْ جِهَتِهِ كَانَ لِلْإِعْلَامِ الْمُجَرَّدِ دُونَ تَحْقِيقِ الْوَصْفِ فِيهِ لِتَعَذُّرِهِ وَالْبُنُوَّةُ لَا يُمْكِنُ إثْبَاتُهَا حَالَةَ النِّدَاءِ مِنْ جِهَتِهِ لِأَنَّهُ لَوِ انْخَلَقَ مِنْ مَّاءِ غَيْرِهِ لَا يَكُونُ ابْنًا لَهُ بِهَذَا النِّدَاءِ فَكَانَ لِمُجَرَّدِ الإِعْلَامِ، وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - شَاذًّا أَنَّهُ

على الإكرام واللطف.

ولا يقال: لِمَ لم يحمل قوله: يا مولايَ على مولى الموالاة، حتى لا يعتق واللفظ يحتمله، كما يحتمل ولاء العتاقة.

لأنا نقول: لم يجر عقد ولاءِ الموالاة بينهما، وهو عقد لا يقوم بأحد الطرفين، بل يقوم بهما، فلم يمكن حمله عليه، وأمَّا ولاء العتاقة فالمولى يتفرد بإثباته؛ لأنه يثبت بالإعتاق، والإعتاق مما يتفرَّد به المولى.

قوله: وَلَوْ قَالَ يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ؛ لِأَنَّ النِّدَاءَ لِإِعْلَامِ الْمُنَادَى، بالاستحضار.

فإن قيل: لِمَ لم يحمل على المجاز، وهو الحرية كما في قوله هذا ابني؟

قلنا: لو لم يحمل هناك قوله: هذا ابني، يلغو كلامه أصلًا، وأمَّا قوله: يا ابني، لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه، بل يحمل على معنى مقصود في النداء، وهو استحضار المنادى، مع أن في النداء لا يراعى المعنى ولا يلتفت إليه، ولكن إنَّما تثبت الحرية بقوله: يا حرُّ، مع وجود هذا الأصل، وهو أن في النداء لا يعتبر المعنى، بل المراد منه استحضار المنادي لا غير؛ إلا أن لفظ الحرية لمَّا كان من صريح ألفاظ العتق قامَ اللفظ الصريح مقام معناه، فصار كأنه أثبت ذلك المعنى فيه أوَّلًا، ثم استحضره بالنداء، بخلاف لفظ الابن، فإنه ليس بصريح فيه.

يُعْتَقُ فِيهِمَا وَالِاعْتِمَادُ عَلَى الظَّاهِرِ، وَلَوْ قَالَ: يَا ابْنُ لا يُعْتَقُ لِأَنَّ الأَمْرَ كَمَا أَخْبَرَ فَإِنَّهُ ابْنُ أَبِيهِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: يَا بُنَيَّ أَوْ يَا بُنَيَّةُ لِأَنَّهُ تَصْغِيرُ الِابْنِ وَالبِنْتِ مِنْ غَيْرِ إِضَافَةٍ وَالأَمْرُ كَمَا أَخْبَرَ. (وَإِنْ قَالَ لِغُلَامٍ لا يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ هَذَا ابْنِي عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَقَالَا: لا يُعْتَقُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، لَهُمْ أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالٌ

وحاصل الفرق بين قوله: يا حرّ، وبين قوله: يا ابني، أنَّ النداء إذا كان بوصفٍ إن أمكنَ إثبات ذلك الوصف في المنادى من جانب المنادي في الحال، كما في قوله: يا حرّ، يثبت الاستحضار بلفظ النداء والحرية بذكره بالوصف، وإن لم يمكن إثبات ذلك الوصف في المنادى من جانب المنادي في الحال، كما في يا ابني، يحمل على الاستحضار لا غير، ويلغى إرادة حقيقة ذلك الوصف، بل يحمل ذلك على معنى الإكرام، إلى هذا أشار في «المبسوط»، وقال: بخلاف قوله: يا ابني، فإنه نداء بوصف لا يملك إيجابه، فينظر إلى مقصوده فيه، وهو الإكرام دون التحقيق.

قوله: وَقَالَا: لا يُعْتَقُ، وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه الأول، أصل هذه المسألة: هو أن المجاز خلف عن التكلم، سواء كان معناه الحقيقي متصورًا فيه أو لم يكن، وعندهما المجاز خلف عن حكم ذلك، يعني: ينبغي أن يكون اللفظ موجباً حقيقته، ثم تعذَّر العمل بحقيقته لمعنى حينئذٍ يصار إلى المجاز.

فإن قيل: على هذا ينبغي أن لا يصح قولهم: هذا أسدٌ، للإنسان الشجاع؛ لما أن تحقق الهيكل المخصوص في حق الإنسان محالٌ، ومع ذلك أطبقوا على جوازه.

قلنا: ليس ذلك من نظير مسألتنا؛ وذلك لأن قوله: هذا أسدٌ، ليس بمستعار بجملته، بل قوله: أسدٌ مستعار، وقوله هذا مستعارٌ له، وأمَّا هاهُنا: هذا ابني، بجملته مستعار في حق إثبات الحرية، فلم يكن ذلك نظيرًا لقولنا: هذا ابني.

قوله: لَهُمْ أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالٌ، وبيان الاستحالة ظاهر، فإن قوله: هذا ابني، أي: مخلوق من مائي؛ وابن خمسين سنة يستحيل أن يكون مخلوقاً من ماء ابن عشرين سنة، وبه فارق

الحَقِيقَةِ فَيُرَدُّ فَيَلْغُو كَقَوْلِهِ أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ أَوْ قَبْلَ أَنْ تُخْلَقَ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ كَلَامٌ مُحَالٌ بِحَقِيقَتِهِ لَكِنَّهُ صَحِيحٌ بِمَجَازِهِ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ عَنْ حُرِّيَّتِهِ مِنْ حِينِ مَلَكَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ البُنُوَّةَ فِي المَمْلُوكِ سَبَبٌ لِحُرِّيَّتِهِ، إِمَّا إِجْمَاعًا أَوْ صِلَةً لِلْقَرَابَةِ،

معروف النسب، ويولد مثله لمثله، فإن كلامه محتمل هناك لجواز أن يكون مخلوقـًا من مائه بالزنا، أو يكون مخلوقـًا من مائه بالشبهة، وقد اشتهر نسبه من الغير.

ألا ترى أن أم الغلام لو كانت في ملكه هناك تصير أم ولد له، وهاهُنا لا تصير أم ولد له، إلا أن أبا حنيفة رضي الله عنه يقول: أن صريحه محال كما قالا، فلا يثبت، ومجازه مستقيم فيثبت؛ لأن الكلام متى لم تثبت حقيقته وله مجاز يمكن إثباته يثبت مجازه؛ لأن الكلام ضربان حقيقة ومجاز، فلا يلغى ما أمكن.

وإنَّما قلنا: أن مجازه مستقيم هاهُنا؛ لأن مجازه في أن يجعل كناية عن قوله: عتق عليَّ من حين ملكته، وهذا مستقيم، وإنما قلنا: أنه يحتمل هذه الكناية؛ لأن الولاد مع الملك سببُ العتق على المالك لا محالة، فإذا لم يحتمل المحل المضاف إليه هذا السببَ وهو العبد، صار السبب كناية عن حكمه إذا احتمل المحل حكمه لئلا يلغو، فإن العرب تكني عن الشيء بسببه، فيجعل الولاد كنايةً عن حكمه وهو العتق في الملك، فيصيرُ قوله: هذا ابني، وقوله: أنه عتق عليَّ من حين ملكتُه سواءً، ويلغوا صريح البُنُوَّة والولاد وحقيقته؛ لأن الكلام متى صار مجازًا عن غيره بطلت حقيقتُه، ألا ترى أنَّ من مات وترك مكاتبـًا فأعتقه الوارث كان إبراءً للكتابة، لا إعتاقـًا من قبله، حتى إنَّ الولاء يكون للميت.

وإنَّما قلنا: أنه لا يكون إعتاقـًا؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم، والمكاتب غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، فكان مبقى على ملك المورث، وإذا كان كذلك فالإعتاق متى صحَّ أوْجَب الإبراء، فإذا لم يصح؛ لأن المحل لا يحتمله من قِبَله لما ذكرنا، صار الإعتاق مجازًا عن الإبراء الذي هو حكمه.

وألا ترى أنه إذا اشترى حرَّة بألف درهمٍ كان نكاحـًا، وكذلك الهبةُ؛ لأن المحل

وَإِطْلَاقُ السَّبَبِ وَإِرَادَةُ المُسَبَّبِ مُسْتَجَازٌ فِي اللُّغَةِ تَجَوُّزًا، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُلَازِمَةٌ لِلْبُنُوَّةِ فِي المَمْلُوكِ وَالمُشَابَهَةُ فِي وَصْفٍ مُلَازِمٍ مِنْ طُرُقِ المَجَازِ عَلَى مَا عُرِفَ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ تَحَرُّزًا عَنِ الإلغَاءِ، بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ لَهُ فِي المَجَازِ فَتَعَيَّنَ الإِلْغَاءُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ قَطَعْتُ يَدَكَ فَأَخْرَجَهُمَا صَحِيحَتَيْنِ

لا يحتمل الشراء حقيقةً، ومن حكم الشراء ملك المتعة في المحلَّلات للمشتري، فيصير كنايةً عن حكمه وهو تمليك المتعة، فيصير قوله: اشتريتُ، وقوله: تزوجتُ، بمنزلةٍ، وهاهُنا أيضاً لمَّا كانت البُنوّة سبباً للعتق من حين ملكه كان قوله: هذا ابني، مجازًا عن حكمه ومعناه، وهو قوله: عتق عليَّ من حين ملكتُه؛ لأن البُنوّة سببٌ لهذا، وكون السبب مجازًا عن حكمه صحيح، كما في إعتاق الوارث المكاتب على ما ذكرنا، إلا أنَّهما يقولان: المجاز خلف عن الحقيقة، ففي كل موضع يكون الأصل متصورًا يمكن جعل المجاز خلفاً عنه، كما في مسألة المكاتب، وفي كل موضع لا يكون الأصل متصورًا لا يمكن جعل المجاز خلفاً عنه، وهاهُنا لا يتصور الأصل، بخلاف معروف النسب، فإن هناك الأصل متصوَّر، فيجوز إثبات المجاز خلفًا عنه.

ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول: المجاز خلف عن الحقيقة في التكلم لا في الحكم؛ لأنه تصرف من المتكلم في إقامة كلام مقام كلام، والمقصود تصحيح الكلام فلا يعتبر، وفي تصحيح المجاز تصور الحكم لإثبات الخلافة، ألا ترى أنه لو قال لحرَّة: اشتريتُك بكذا، كان نكاحاً صحيحاً على ما ذكرنا، والحرة ليست بمحل لأصل حكم البيع وهو ملك الرقبة، ولهذا المعنى قلنا: إن أم الغلام لو كانت في ملكه لا تعتق؛ لأن اللفظ لو صار مجازًا لغيره سقط اعتبار حقيقته، وهذا مجاز عن الإقرار بحريته، فكأنه قال: عتق عليَّ من حين ملكتُه؛ وليس لهذا اللفظ موجب في الأم، فلذلك لا يصير أم ولد له، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: بِخِلَافِ مَا اسْتُشْهِدَ بِهِ، على بناء المفعول؛ لأنه لم يذكر الفاعل، ولم يقل: ما استشهدوا وهو قوله: أعتقتك قبل أن أخلق؛ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ لَهُ فِي المَجَازِ فَتَعَيَّنَ الإِلْغَاءُ.

حَيْثُ لَمْ يُجْعَلْ مَجَازًا عَنِ الإِقْرَارِ بِالمَالِ وَالتِزَامِهِ وَإِنْ كَانَ القَطْعُ سَبَبًا لِوُجُوبِ المَالِ لِأَنَّ القَطْعَ خَطأً سَبَبٌ لِوُجُوبِ مَالٍ مَخْصُوصٍ وَهُوَ الأَرْشُ، وَأَنَّهُ يُخَالِفُ مُطْلَقَ المَالِ فِي الوَصْفِ حَتَّى وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَتَيْنِ وَلا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ بِدُونِ القَطْعِ، وَمَا أَمْكَنَ إِثْبَاتُهُ فَالقَطْعُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لَهُ، أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلا تَخْتَلِفُ ذَاتًا وَحُكْمًا فَأَمْكَنَ جَعْلُهُ مَجَازًا عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا أَبِي أَوْ أُمِّي وَمِثْلُهُ لا يُولَدُ لِمِثْلِهِمَا فَهُوَ

وذكر في «الأسرار»: بيان هذا بقوله: ولا يلزم قولهم إذا قال: أعتقتك قبل أن أخلق، فإن صريحه مستحيلٌ، وما له حكم في ملكه لو ثبتَ، فإن الإعتاق قبل الخلق إعتاق قبل الملك، ولو أعتقه قبل أن يملكه ثم ملكه لم يلزمه العتق، فإذا لم يكن من حكمه عتق لو تحقق في ملكه لم يمكن أن يجعل كناية عن عتق في ملكه، فيلزمه حكم الكلام بقدر ما يمكن تصحيحه.

قوله: حَتَّى وَجَبَ عَلَى العَاقِلَةِ فِي سَنَتَيْنِ، بلفظ التثنية لا بلفظ الجمع، هكذا كان مقيَّدًا بقيد شيخي رحمه الله، وهذا الذي ذكره في الكتاب صحيح.

ولكن ذكر في «المبسوط»، و«الأسرار» جوابَ هذه المسألة، وهو أوْجه حيث ألحق هذه المسألة فيهما بقوله: أعتقتُك قبل أن أُخلق، فإن قوله: قطعتُ يدَيك لا موجب له في هذه الصورة؛ لأن الجرح لا موجِب له بعد البُرْءِ إذا لم يبق له أثر، فلا يمكن تصحيح كلامه بأن يجعل كناية عن موجبه، فلهذا كان لغوًا، وحاصله أن السبب إنما يكون مجازًا عن حكمه إذا كان له حكم، فأمَّا إذا لم يكن له حكم فيلغوا كما في قوله: أعتقتك قبل أن أُخلق، على ما ذكرنا، وهاهُنا أيضـًا لمَّا أخرجهما صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه بُرْء على وجه لم يبق له أثر، فلا يتعلق به حكم من الأحكام، فلا يكون كناية عن الإقرار بالأرش؛ إذ لو ثبت حقيقته لم يكن فيه أرش، فكيف يكون في مجازه أرش؟

قوله: أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلا تَخْتَلِفُ ذَاتًا وَحُكْمًا فَأَمْكَنَ جَعْلُهُ مَجَازًا عَنْهُ، فإن قيل: الحرية الثابتة في قوله: هذا ابني، وهو أكبر سنًّا منه غير الحرية الثابتة لحقيقة البنوة أيضا، كما في أرش

عَلَى الخِلَافِ لِمَا بَيَّنَّا. وَلَوْ قَالَ لِصَبِيٍّ صَغِيرٍ: هَذَا جَدِّي قِيلَ: هُوَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ: لا يُعْتَقُ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ هَذَا الكَلَامَ لا مُوجِبَ لَهُ فِي المِلْكِ إِلَّا بِوَاسِطَةٍ وَهُوَ الأَبُ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِي كَلَامِهِ فَتَعَذَّرَ أَنْ يُجْعَلَ مَجَازًا عَنِ المُوجِبِ، بِخِلَافِ الأُبُوَّةِ وَالبُنُوَّةِ لِأَنَّ لَهُمَا مُوجِبًا فِي المِلْكِ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا أَخِي لا يُعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُعْتَقُ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ.

اليد على ما ذكر؛ وذلك لأن الحرية الثابتة بحقيقة البُنوّة موجبة للإرث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الأحكام، والحرية الثابتة بقوله: هذا ابني، وهو أكبر سنًّا منه لا يُثبت شيئًا من ذلك، فلما كانتا غيرَيْن كانت مسألتنا هذه عين مسألة الأرش.

قلنا: الحريَّة لا تتفاوت ذاتاً وهو زوال الرق، ولا يتفاوت حكماً أصليًّا وهو صلاحيتُه للقضاء والشهادة والولايات كلها، فكانت الحرّيتان سواء، وما ذكرته من الثمرات فلا يُبالَى به.

قوله: وَلَوْ قَالَ: هَذَا أَخِي لا يُعْتَقُ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وفي «مجموع النوازل»: لو قال لغلامه: هذا عمِّي، أو قال: هذا خالي، أو قال لأمته: هذه عمتي، أو هذه خالتي، تعتق، ولو قال: هذا أخي، أو هذه أختي لا يعتق؛ لأن الأخ اسم مشترك على ما يأتي بيانه، بخلاف اسم العم والخال، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ مَا بَيَّنَّاهُ، أمَّا حوالةُ وجه رواية أنه يعتق، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فما ذكر **بقوله**: وَهَذَا لِأَنَّ البُنُوَّةَ فِي المَمْلُوكِ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ، إلى آخره، وكذلك هاهُنا الإخوة في الملك موجب للعتق، فيجعل هذا اللفظ كناية عن موجبه.

وأمَّا حوالةُ وجه رواية أنه لا يعتق، فهو قوله في مسألة الجد: لِأَنَّ هَذَا الكَلَامَ لا مُوجِبَ لَهُ فِي المِلْكِ إِلَّا بِوَاسِطَةٍ وَهُوَ الأَبُ، وكذلك هاهُنا الإخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم؛ لأنَّها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم، وهذه الواسطة غير مذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة، كذا في «المبسوط».

وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ هَذَا ابْنَتِي فَقَدْ قِيلَ عَلَى الخِلَافِ، وَقِيلَ هُوَ بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ المُشَارَ إِلَيْهِ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ المُسَمَّى فَتَعَلَّقَ الحُكْمُ بِالمُسَمَّى وَهُوَ مَعْدُومٌ فَلَا يُعْتَبَرُ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي النِّكَاحِ.

(وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ بَائِنٌ أَوْ تَخَمَّرِي وَنَوَى بِهِ العِتْقَ لَمْ تُعْتَقْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - تُعْتَقُ إِذَا نَوَى، وَكَذَا عَلَى هَذَا الخِلَافِ سَائِرُ أَلْفَاظِ الصَّرِيحِ وَالكِنَايَةِ عَلَى مَا قَالَ مَشَايِخُهُمْ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، لَهُ أَنَّهُ نَوَى مَا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ بَيْنَ المِلْكَيْنِ مُوَافَقَةً إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِلْكُ العَيْنِ، أَمَّا مِلْكُ اليَمِينِ فَظَاهِرٌ،

وذكر فيه أيضاً: أن اختلاف الروايتين في الأخ إنَّما كان إذا ذكره مطلقاً بأن قال: هذا أخي، فأمَّا إذا ذكره مقيدًا وقال: هذا أخي لأبي أو لأمي يعتق من غير تردُّد؛ لما أن مطلق الإخوة مشترك، قد يراد بها الإخوة في الدين، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]، وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة، قال الله تعالى: ﴿وَإِلَىٰ عَادٍ أَخَاهُمْ هُودًا﴾ [هود: ٥٠]، وقد يراد بِها الإخوة في النسب، والمشترك لا يكون حجة بدون البيان.

فإن قيل: البُنوّة أيضاً تختلف بين رضاعة ونسب، فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله: هذا ابني؟ قلنا: لأن البنوة من الرضاع مجاز، والمجاز لا يُعارض الحقيقة.

قوله: وَقِيلَ هُوَ بِالإِجْمَاعِ، أي لا يعتق؛ لأن المشار إليه إذا لم يكن من جنس المسمَّى فالعبرة للمسمَّى، كما لو باع فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج فالبيعُ باطل، والذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، فإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمَّى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم، ولا يمكن تصحيح الكلام إيجاباً ولا إقرارًا في المعدوم، فلا يمكن أن يجعل البنت مجازًا عن الابن بوجهٍ، ألا ترى أنه لا يعتق وإن احتمل أن يكون ولده بأن كان يولد مثله لمثله، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

وَكَذَلِكَ مِلْكُ النِّكَاحِ فِي حُكْمِ مِلْكِ العَيْنِ حَتَّى كَانَ التَّأْبِيدُ مِنْ شَرْطِهِ وَالتَّأْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ وَعَمَلُ اللَّفْظَيْنِ فِي إِسْقَاطِ مَا هُوَ حَقُّهُ وَهُوَ المِلْكُ، وَلِهَذَا يَصِحُّ التَّعْلِيقُ فِيهِ بِالشَّرْطِ، أَمَّا الأَحْكَامُ فَتَثْبُتُ بِسَبَبٍ سَابِقٍ وَهُوَ كَوْنُهُ مُكَلَّفًا، وَلِهَذَا يَصْلُحُ لَفْظَةُ العِتْقِ وَالتَّحْرِيرُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ فَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَنَا أَنَّهُ نَوَى مَا لا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لُغَةً إِثْبَاتُ القُوَّةِ وَالطَّلَاقَ رَفْعُ القَيْدِ، وَهَذَا لِأَنَّ العَبْدَ أُلْحِقَ بِالجَمَادَاتِ وَبِالإِعْتَاقِ يَحْيَا فَيَقْدِرُ، وَلا كَذَلِكَ المَنْكُوحَةُ فَإِنَّهَا قَادِرَةٌ إِلَّا أَنَّ قَيْدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرْتَفِعُ المَانِعُ فَتَظْهَرُ القُوَّةُ وَلا خَفَاءَ أَنَّ الأَوَّلَ أَقْوَى، وَلِأَنَّ مِلْكَ اليَمِينِ

قوله: وَكَذَلِكَ مِلْكُ النِّكَاحِ فِي حُكْمِ مِلْكِ العَيْنِ حَتَّى كَانَ التَّأْبِيدُ مِنْ شَرْطِهِ، ولو كان النكاح في حكم ملك المتعة لكان التأقيت من شرطه كما في الإجارة.

قوله: أَمَّا الأَحْكَامُ فَتَثْبُتُ بِسَبَبٍ سَابِقٍ، إلى آخره، أخرج هذا جواباً عمَّا يقول له: إن الإعتاق إثبات القوة، ولهذا يثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة، فأنَّى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض، وقال بأن الإعتاق إسقاط أيضاً بدليل صحة التعليق فيهما، ولا يرد عليَّ ثبوت تلك الأحكام؛ لأنَّها ثابتة بالآدمية، غير أن الإعتاق أزال المانع فاستوى الإعتاق والطلاق.

وإنَّا نقول عن جوابه هذا: فقولك الأحكام تثبت لكونه آدميًّا فليس كذلك، فإن العبد آدمي ولا مالكية فيه، بل علة ثبوت هذه الأحكام كونه حرًّا، وأمَّا صحة التعليق؛ فلأن الإعتاق إثبات القوة في العبد بواسطة إبطال ملكه، ومن حيث الإبطال يتعلق بالشرط، إلى هذا أشار في «تعليقات الإمام البرغري» رحمه الله.

قوله: إِلَّا أَنَّ قَيْدَ النِّكَاحِ مَانِعٌ وَبِالطَّلَاقِ يَرْتَفِعُ المَانِعُ فَتَظْهَرُ القُوَّةُ، أي: تظهر القوة الكامنة فيها، لا أن تثبت فيها القوة بالطلاق ابتداءً؛ لأن الطلاق من أطلقتُ البعير عن القيد

فَوْقَ مِلْكِ النِّكَاحِ فَكَانَ إِسْقَاطُهُ أَقْوَى وَاللَّفْظُ يَصْلُحُ مَجَازًا عَمَّا هُوَ دُونَ حَقِيقَتِهِ لا عَمَّا هُوَ فَوْقَهُ، فَلِهَذَا امْتَنَعَ فِي الْمُتَنَازَعِ فِيهِ وَانْسَاغَ فِي عَكْسِهِ.

إذا حللتَه، وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق، لا إثبات قوة الانطلاق، وكذلك المعنى في النكاح؛ لأن عين المرأة بالنكاح لا تملك، بل هي حرَّة مالكة أمر نفسها، ولكن احتبست على الزوج عن حكم المالكية شرعـًا؛ فكان الزوج مانعـًا، والطلاق شرع لرفع هذا المانع.

وأمَّا العتاق فمعناه لغةً إثبات قوة يقدر بها على الانطلاق من عتقَ الطيرُ، إذا قويَ وطارَ عن الوَكر، والعبد مملوك نفسه لغيره، فلا قدرة له حكمـًا على الانطلاق، وبالعتق يثبت له القدرة الحكمية، واعتُبِر هذا في الحسيَّات، فإن رفع القيد يخالف معناه معنى قوَّة الفَرْخ أو الطفل حتى يقدر على الذهاب، ولا مشابهة بين إثبات القوة وبين إزالة المانع، ونحن نُسلِّم أن المشابهة في المعنى طريق الاستعارة، ولكن لا في كل وصف، بل في الوصف الخاص لكل واحد منهما، والوصف الخاص لكل واحد منهما ما بيَّنا.

ألا ترى أنه لا يستعار الأسد للجبان، والحمار للذكيّ، وبينهما مشابهة في أوصاف؛ لأن كل واحدٍ منهما حيوان موجود، ولكن لمَّا انعدمت المشابهة في الوصف الخاص لم تجز الاستعارة، فهذا مثله، لا لما ذكره الخصم.

فأمَّا إذا استعمل لفظ التحرير في الطلاق فليس ذلك عندنا للمشابهة معنى، بل لسلوك طريق السببية فيهما، فإن ملك الرقبة يكون سببـًا لملك المتعة، وملك المتعة لا يكون سببـًا لملك الرقبة، وما يزيل ملك الرقبة يكون سببـًا لزوال ملك المتعة، فيصلح أنه يجعل كناية عنه، فأمَّا ما يزيل ملك المتعة فلا يكون سببـًا لإزالة ملك الرقبة فلا يصلح كناية عنه، ولهذا قلنا في طرف الاستجلاب: أن ما وضع لاستجلاب ملك المتعة، وهو لفظ النكاح والتزويج، لا يثبت به ملك الرقبة، وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة، وهو لفظ الهبة والبيع، يصلح لإيجاب ملك المتعة وهو النكاح.

فإن قيل: أليس ملك النكاح في حكم ملك اليمين، فيكون رفعه في حكم رفع ملك اليمين أيضـًا؟

(وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنتَ مِثْلُ الحُرِّ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ المِثْلَ يُسْتَعْمَلُ لِلْمُشَارَكَةِ فِي بَعْضِ المَعَانِي عُرْفًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي الحُرِّيَّةِ (وَلَوْ قَالَ: مَا أَنتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ عَلَى وَجْهِ التَّأْكِيدِ كَمَا فِي كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ لا يُعْتَقُ) لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِحَذْفِ حَرْفِهِ (وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٌّ عَتَقَ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الحُرِّيَّةِ

قلنا: نعم، ولكنه في الحقيقة ليس بملك يمين عين، فإنَّها حرة مالكة نفسها، فلم يكن ما يرفع ذلك الملك في معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجه.

فإن قيل: الآدمي خلق مالكًا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاءَ، وبملك اليمين يمتنع ذلك كما في النكاح.

قلنا: لا كذلك، بل الآدمي حيوان كالبهيمة، وبكونه حيواناً لا يملك نفسه ولا غيره، بل بصفة الحرية يملك، وهذه الصفة تزول بالرقِّ فتزول المالكية، وهي علة ملك الانطلاق شرعًا، وبالتحرير تثبت المالكية، وصفة المالكية لا تزول بالنكاح، بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها، وهذا كما يسقط القوَّةُ بالمرض فيداوى، فيقوي على المشي، والمُوثَقُ يُرفع وَثَاقُه فيقدر على المشي، فلا يكون بين رفع الوثاق وبين المداواة تشاكل، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ أَنتَ مِثْلُ الحُرِّ لَمْ يُعْتَقْ، ولو قال لامرأة حرَّةٍ: أنت حرة مثل هذه، أراد بقوله: هذه أمته، فإن أمته تعتق، ولو قال: لم أرد العتاق لم يصدق في القضاء؛ لأنه وصفها بالحرية حيث شبه الحرَّة بها، ولو قال لامرأة حرَّة: أنت مثل هذه الأمة، أراد بهذه الأمة أمته لا تعتِقُ؛ لأنه قد بيَّن أن هذه أمته، كذا ذكر المصنف رحمه الله في «التجنيس».

قوله: وَلَوْ قَالَ رَأْسُكَ رَأْسُ حُرٍّ لا يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌ بِحَذْفِ حَرْفِهِ، أي: كرأس حرٍّ فصار كقوله: مثل الحرِّ، أي: لا يعتق بدون النية.

قوله: لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ الحُرِّيَّةِ فِيهِ، أي: في الرأس، فصار كقوله: رأسك حرٌّ، وَالرَّأْسُ يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ فيعتق.

فِيهِ إِذِ الرَّأْسُ يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ البَدَنِ.

فالحاصل أن الكنايات على ثلاثة أوجه:

منها: ما يقع به العتق نوى أو لم ينو، كقول المولى لعبده: تصدَّقت نفسك عليك، أو ملكتك نفسك عليك، أو وهبت نفسك منك، أو أوصيت نفسك لك، أو بعتُ منك نفسك، فهذه الألفاظ كناية؛ لأن الملك لو تصور للعبد ثبوته على الحقيقة يعتق، فإذا تعذَّر إثبات الملك بسبب التضاد جعل كناية عن العتق، إلا أنه يعتق من غير النية؛ لأن النية إنَّما يحتاج إليها بالكنايات إذا كان اللفظ يحتمل معانِي مختلفة احتمالًا على السواء، ولا يمكن الجمع بين الكل فيحتاج إلى النية لتعيين واحد من الجملة، وهنا هذه الكنايات لا تحتمل معانِي مختلفة، وإنما تحتمل الكناية عن العتق لا غير، فاستغنت عن النية للتعيين.

ومنها: ما يقع إذا نوى ولا يقع إذا لم ينو، كقوله: لا ملك لي عليك؛ ولا رق لي عليك، وخرجت عن ملكي، ولا سبيل لي عليك؛ لأنه يجوز أنه باعه فصار ملك الغير، فلا يكون له عليه ملك ولا سبيل.

ومنها: ما لا يقع نوى أو لم ينو، كالطلاق وكنايات الطلاق، نحو قوله: قد بَنَتْ مني، أو لأمته: قد بنت مني، أو حرمت عليَّ، أو أنت خلية، وما يجري مجراها، كذا ذكره الإمام الولوالجي رحمه الله.

وذكر هو أيضـًا: عبدٌ في يدَيْ رجل، قيل له: أَعتقتَ هذا العبد، فأومى برأسه أي: نعم، لا يعتق، فرق بين العتق والنسب، فإن الصبي إذا كان في يدَي رجل قيل له: هذا ابنك فأومى برأسه، أي: نعم، يثبت نسبه، والفرقُ أنَّ العتق تعلَّق ثبوته بالعبارة، والإشارةُ لا تقوم مقام العبارة عند القدرة على العبارة، فأمَّا النسبُ فلا يتعلق ثبوته بالعبارة، فإن مُجرَّد الفراش الصحيح كافٍ لثبوته، فجاز أن يثبت بالإيماء، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

(وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَقَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ» وَاللَّفْظُ بِعُمُومِهِ يَنْتَظِمُ كُلَّ قَرَابَةٍ مُؤَيَّدَةٍ بِالمَحْرَمِيَّةِ وِلادًا أَوْ غَيْرَهُ،

فصلٌ

لمَّا ذكر العتق الحاصل من الإعتاق الاختياري الذي هو الأصل، ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل من غير اختيار المالك، كإرث قريبه، وخروج عبد الحربي إلينا مسلمًا، وولد الأمة من مولاها.

قوله: وَهَذَا اللَّفْظُ مَرْوِيٌّ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رواه عُمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم.

قوله: وَاللَّفْظُ بِعُمُومِهِ يَنْتَظِمُ كُلَّ قَرَابَةٍ، أي: لفظ ذا رحم محرم عام، فهو بعمومه يتناول كل قريب.

وقوله: فَهُوَ حُرٌّ، راجع إليه فكان كل قريب وهو ذو رحم محرم من المالك كان حرًّا عملًا بعمومه.

فإن قيل: الضمير في مثل هذا راجع إلى كلمة (من) كما في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن»، وقول الإمام: من دخل هذا الحصن أوَّلًا فله كذا من النفل، فلِمَ لا يرجع إلى (من) هاهُنا أيضًا كما هناك؟

وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ، لَهُ أَنَّ ثُبُوتَ العِتْقِ مِنْ غَيْرِ مَرْضَاةِ المَالِكِ يَنْفِيهِ القِيَاسُ أَوْ لا يَقْتَضِيهِ، وَالأُخُوَّةُ وَمَا يُضَاهِيهَا نَازِلَةٌ عَنْ قَرَابَةِ الوِلادَةِ فَامْتَنَعَ

قلنا: يأبى ذلك وقوعه جزاءً، وحرية المالك لا تصلح جزاءً؛ لأن حريته ثابتة قبل هذا حتى صار أهلًا للملك؛ ولأن حرية المالك تستفاد من قوله ملك، فكان لفظ هذا راجعًا إلى المملوك ليترتَّب عليه جزاءُ الحرية.

ثم عند أصحاب الظواهر، فمنهم داود الأصفهانِي: إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعتاق، لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه»، ففيه تنصيصٌ على أنه يستحق عليه إعتاقه، ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «فيعتقه» معنى؛ ولأن القرابة لو أوجبت دفع الملك لمنعت وقوعه، كما في ملك النكاح، فلمَّا لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الأولى.

وحجَّتنا فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ۝٩٢ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدًا ۝٩٣﴾ [مريم: ٩٢-٩٣]، فقد نفى البُنوّة بينه وبين أحد من الخلق بإثبات العبودية، فذلك تنصيص على المنافات بينهما، والمتنافيان لا يجتمعان، فإذا كانت البنوّة متقررة انتفت العبودية، ومراده صلَّى الله عليه وسلَّم من قوله: «فيعتقه» بذلك الشراء، لا بسبب آخر كما يقال: أطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه، وضربه فأوجعه، وكتبَ فقَرْمَطَ.

وإنَّما أثبتنا له الملك ابتداءً؛ لأن انتفاء العبودية لا يتحقق إلا به، فإذا لم يملكه لا يعتق، بخلاف ملك النكاح؛ لأنه لا فائدةَ في إثبات ملك النكاح له على ابنته ثم إزالته؛ لأنَّها تعود إلى ما كانت عليه؛ ولأن هذا العتق صِلةٌ ومجازاةٌ، فلا يتحقق إلا بعد الملك، وأمَّا انتفاء ملك النكاح فلحرمة المحل، وهي موجودة قبل العقد، كذا في «المبسوط».

قوله: كُلُّ قَرَابَةٍ مُؤَيَّدَةٍ، بالياء المنقوطة من تحتها باثنتين.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي غَيْرِهِ، أي: في غير الولاد.

قوله: فَامْتَنَعَ الإِلْحَاقُ، أي بالقياس؛ لأن الحكم في الأصل ثابت مع منافاة القياس،

الإِلْحَاقُ أَوِ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ التَّكَاتُبُ عَلَى المَكَاتِبِ فِي غَيْرِ الوِلَادِ وَلَمْ يَمْتَنِعْ فِيهِ، وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ مَلَكَ قَرِيبَهُ قَرَابَةً مُؤَثِّرَةً فِي المَحْرَمِيَّةِ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الأَصْلِ، وَالوِلَادُ مَلْغِيٌّ لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتِ النَّفَقَةُ وَحَرُمَ النِّكَاحُ،

فلا يجري في مثله القياس.

قوله: أَوِ الِاسْتِدْلَالُ بِهِ، أي: امتنع دلالة النص أيضاً؛ لأن قرابة الإخوة أدنى مرتبة من قرابة الولاد، ويشترط في الدلالة مساواة الفرع للأصل من كل وجه.

قوله: وَلَمْ يَمْتَنِعْ فِيهِ، أي: في الولاد، يعني: أن المكاتب إذا اشترى أباه يكون مكاتباً مثله، وأمَّا إذا اشترى أخاه فهو لا يتكاتب عليه، عُلِم أن قرابة غير الولاد أدنى من الولاد، فلذلك لا يلحق غير الولاد بالولاد.

قوله: وَلَنَا مَا رَوَيْنَا، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ملك ذا رحم محرم»، وما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلًا جاء إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم وقال: إنِّي وجدتُ أخي يباع في السوق فاشتريتُه وأنا أريد أن أعتقه، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «قد أعتقه الله تعالى»، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا هُوَ المُؤَثِّرُ فِي الأَصْلِ، أي: في الذي أجمعنا بأنه يعتق قرابة عند الملك وهو قرابة الولاد.

قوله: وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتِ النَّفَقَةُ، فإن قلتَ: لو قال قائل من جانب الشافعي رحمه الله: بارك الله فيما عندكم، فإن وجوبَ نفقة غير الولاد مذهبُكم، لا مذهبي، فلِمَ يلزمني ما ألزمتموني به؟

قلتُ: بل يلزمك؛ لأنه لمَّا ثبت وجوب نفقة ذي الرحم المحرم بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، لم يعتبر إنكار منكر بعد ذلك؛ لما أن الثابت بالدليل يجعل كأنه ثابت إجماعاً.

....

فإن قلتَ: لا شكَّ أن عتق القريب عند الملك للصلة له، وصلةُ جميع القرابات غير لازم بالإجماع، حتى لو ملك ابن عمِّه لا يعتق، فوجبَ علينا تفصيل القرابات وهي ثلاثة: قرابةٌ قريبةٌ، وهي قرابة الولاد، وقرابةٌ بعيدةٌ، وهي قرابة بني الأعمام، وقرابةٌ متوسِّطةٌ، وهي قرابة الأخوة والعمومة، فلابد أن ترد المتوسطة إلى أشبهها منه، وهي تشبه قرابة بني الأعمام؛ لأن قرابتهم قرابة جواز في الرّحم، وقرابة الولاد بالبعضيَّة، والأحكام تدل عليه، فإن القصاص يجري بينهم في الطرفين، ويحجب عن الإرث بالأولى، ويقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، ويحلّ وضع الزكاة فيه، ولا يتكاتب على المكاتب إذا ملك محارمه غير الولاد، ولا يعتق عليه إذا قال: إنه أخي، كما لا يعتق إذا قال: إنه ابن عمي، ويحل لكل واحد منهما حليلةَ صاحبه، ولا يستوجب كل واحدٍ النفقةَ على صاحبه عند اختلاف الدينين، وهذه أحكامٌ ثمانيةٌ، مع المعنى الذي هو تاسعها تدلُّ على أن المتوسطة بالبعيدة أشبه، فمع وجود المعنى الجامع بينهما من هذه الوجوه كيف ينفكَّان فيما تنازعنا فيه؟

قلتُ: هذا في الحقيقة ترجيحٌ بكثرة الأشياء، والترجيح بها فاسد؛ لأن الأصول شواهد، وقد عُرِف أن الترجيح بزيادة عدد الشهود في الخصومات فاسدٌ، وفي الأحكام الترجيح بكثرة العلل فاسد، فكذلك الترجيح بكثرة الأشياء فاسدٌ، كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله في فصل الفاسد من الترجيح من «أصول الفقه».

وذكر في «الأسرار» فساد كل واحدٍ منها في الترجيح بطريق التفصيل والتعيين، ومن أراد معرفة ذلك فعليه بمطالعة «الأسرار».

ولأن قوله صلَّى الله عليه وسلَّم في هذا الباب: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» أجرى الحكم عامًّا في كل ذي رحم محرم منه، فكان التعليل بالولاد ردًّا للمنصوص، فكان تعليله مردودًا؛ لما أن التعليل يجب أن يكون موافقًا للنصوص لا مخالفـًا لها، والتعليل وإن كثر شواهده فهو غير مقبول في معرض النص؛ ولأن حرمة المناكحة لما يثبت بهذه القرابة لمعنى الصيانة عن ذلِّ الاستفراش والاستخدام قهرًا، وكذلك يثبت حرمة الجمع بين الأختين نكاحـًا صيانةً للقرابة عن القطيعة بسبب المنافرة التي تكون بين الضرائر، علمنا أنَّ

وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ لِعُمُومِ العِلَّةِ.

هذه القرابة واجبٌ وصلها كقرابة الولاد، ومعنى قطيعة الرحم في استدامة ملك اليمين أكثر، ولا شك أن للملك تأثيرًا في استحقاق الصلة، فثبتَ بهذا التقرير أن علة العتق هذان الوصفان، وبعد هذا لا يضرنا انتفاء الجزئية، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: أنَّ حرمة النكاح أسرع ثبوتاً من العتق، ألا ترى أنَّ حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولا يثبت به العتق، فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق؟

قلتُ: كلامنا في حرمة النكاح الموجبة للصلة، ولم ينشأ ذلك إلا من القرابة، وليس للرضاع أثر في وجوب الصلة، ألا ترى أنه لا يجري التوارث ولا وجوب النفقة في الرضاع، فعلمنا أن حرمة النكاح لم تثبت في الرضاع صلة، بل النص أثبت حرمته فيه، كما أثبت حرمة نكاح المشركة، فإن حرمة النكاح قد تثبت بأشياء غير القرابة، وليس كلامنا فيه.

قوله: وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا، فكذا لا فرق في عكسه أيضاً بأن يكون المملوك مسلمًا أو كافرًا يعتق عليه.

قوله: لِعُمُومِ العِلَّةِ، فإن قلتَ: العلة هي وجوب الصلة على ما ذكر في الكتاب **بقوله:** لِأَنَّهَا هِيَ الَّتِي يُفْتَرَضُ وَصْلُهَا وَيَحْرُمُ قَطْعُهَا حَتَّى وَجَبَتِ النَّفَقَةُ، وفي القرابة التي تنازعنا فيها مع الخصوم، وهي قرابة الإخوة والعمومة غير واجب الوصل عند اختلاف الدين بالنفقة على ما مرَّ في النفقات، فوجوب الوصل بالإعتاق يجري مجرى وجوب الوصل بالنفقة، وهي لا تجب عند اختلاف الدين في القرابة المتوسطة، فينبغي على هذا أن لا يجب وصلها بالإعتاق عند اختلاف الدين كالنفقة.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن تمام العلة هنا الملكُ مع القرابة، وذلك يتحقق مع اختلاف الدين، بخلاف استحقاق النفقة، فإن الشرع أوجب ذلك بصفة الوراثة، بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، معناه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم، وبسبب اختلاف الدين تنعدم صفة الوراثة فلهذا لا تستحق النفقة، بخلاف الآباء والأولاد فالاستحقاق هناك بالولاد، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وبسبب

وَالمُكَاتَبُ إِذَا اشْتَرَى أَخَاهُ وَمَنْ يَجْرِي مَجْرَاهُ لا يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مِلْكٌ تَامٌّ يُقْدِرُهُ عَلَى الإِعْتَاقِ وَالِافْتِرَاضِ عِنْدَ القُدْرَةِ، بِخِلَافِ الوِلَادِ لِأَنَّ العِتْقَ فِيهِ مِنْ مَقَاصِدِ الكِتَابَةِ فَامْتَنَعَ البَيْعُ فَيَعْتِقُ تَحْقِيقًا لِمَقْصُودِ العَقْدِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلَى الأَخِ أَيْضًا وَهُوَ قَوْلُهُمَا قُلْنَا أَنْ نَمْنَعَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا مَلَكَ ابْنَةَ عَمِّهِ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعِ لِأَنَّ المَحْرَمِيَّةَ مَا ثَبَتَتْ بِالقَرَابَةِ وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهْلًا لِهَذَا العِتْقِ، وَكَذَا المَجْنُونُ حَتَّى عَتَقَ القَرِيبُ عَلَيْهِمَا عِنْدَ المِلْكِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ العَبْدِ فَشَابَهَ النَّفَقَةَ.

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَى أَوْ لِلشَّيْطَانِ أَوْ لِلصَّنَمِ عَتَقَ) لِوُجُودِ رُكْنِ الإِعْتَاقِ

اختلاف الدين لا ينعدم الولاد، كذا في «المبسوط».

قوله: أَوْ كَافِرًا فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وإنما قيَّد به؛ لأن الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق؛ لأنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك، ولو أعتق الحربي عبدًا حربيًّا في دار الحرب لم يعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، فكذا إذا أعتق المسلم عبدًا حربيًّا في دار الحرب لا يعتق أيضاً، كذا في «الإيضاح».

قلتُ: وبهذا يعلم أن **قوله:** فِي دَارِ الإِسْلَامِ، في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من **قوله:** وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ المَالِكُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا، لا أن ينحصر تعلقه **بقوله:** أَوْ كَافِرًا؛ لأن المحرمية ما تثبت بالقرابة، والأمّة أجمعت على أن المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: وَالصَّبِيُّ جُعِلَ أَهْلًا لِهَذَا العِتْقِ؛ لأن العلة قد تمّت في حقه أيضاً وهي الملك مع القرابة، فإن الصغير يملك حقيقة، ألا ترى أنه يثبت له صفة الغنى بملكه حتى يحرم عليه أخذ الصدقة، كذا في «المبسوط».

مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ، وَوَصْفُ القُرْبَةِ فِي اللَّفْظِ الأَوَّلِ زِيَادَةٌ فَلَا يَخْتَلُّ العِتْقُ بِعَدَمِهِ فِي اللَّفْظَيْنِ الآخَرَيْنِ. (وَعِتْقُ المُكْرَهِ وَالسَّكْرَانِ وَاقِعٌ) لِصُدُورِ الرُّكْنِ مِنَ الأَهْلِ فِي المَحَلِّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

(وَإِنْ أَضَافَ العِتْقَ إِلَى مِلْكٍ أَوْ شَرْطٍ صَحَّ كَمَا فِي الطَّلَاقِ) أَمَّا الإِضَافَةُ إِلَى المِلْكِ فَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ، وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَجْرِي فِيهِ التَّعْلِيقُ بِخِلَافِ التَّمْلِيكَاتِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي

قوله: وَوَصْفُ القُرْبَةِ فِي اللَّفْظِ الأَوَّلِ زِيَادَةٌ، وهو **قوله**: لِوَجْهِ اللهِ تَعَالَى.

قوله: وَأَمَّا التَّعْلِيقُ بِالشَّرْطِ، فإنه صحيح في الملك بيننا وبين الشافعي بلا خلاف، إلا أن الخلاف فيه أيضاً بيننا وبينه بوجه آخر، وهو أن زوال الملك عنده يبطل التعليق، وعندنا لا يبطل، حتى إذا قال لعبده: أنت حرٌّ إن دخلت الدار، فباعه ثم اشتراه فدخل الدار يعتق عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يعتق؛ لأن الملك عنده كما يشترط لانعقاد اليمين يشترط لبقائها، وبالبيع زال ملكه.

ولكنَّا نقول: الملك لم يشترط لانعقاد اليمين، إنَّما الشرط وجود المحلوف به، فلهذا صححنا إضافة العتق إلى الملك، والمحلوف به هو العتق، ومحلية العبد للعتق بصفة الرق، وذلك لا ينعدم بالبيع؛ إلا أنه يشترط الملك عند وجود الشرط ليزول العتق؛ لأن تصرفه يتصل بالمحل عند وجود الشرط، وأمَّا قبل ذلك فبقاء اليمين ببقاء ذمته وبقاء المحلوف به؛ لكونه محلًّا للعتق فلا معنى لاشتراط الملك فيه، ذكره في باب جامع لوجوه العتاق من «المبسوط».

وفي «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: قال لعبده: إن بعتك فأنت حرٌّ، فباعه بيعاً صحيحاً لا يعتق؛ لأنه لمَّا حنث زال العبد عن ملكه فلا يعتق، وإن باعه بيعاً فاسدًا، إن سلمه إلى المشتري أولًا ثم باعه لا يعتق أيضاً؛ لأنه كما تمَّ البيع بينهما ملكه المشتري، وإن باعه بيعًا فاسدًا ثم سلمه إلى المشتري عتق؛ لأن شرط الحنث قد وجد، والعبد باق على ملكه فيعتق.

مَوْضِعِهِ. (وَإِذَا خَرَجَ عَبْدُ الحَرْبِيِّ إِلَيْنَا مُسْلِمًا عَتَقَ) «لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي عَبِيدِ الطَّائِفِ حِينَ خَرَجُوا إِلَيْهِ مُسْلِمِينَ هُمْ عُتَقَاءُ اللهِ تَعَالَى» وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً.

(وَإِنْ أَعْتَقَ حَامِلًا عَتَقَ حَمْلُهَا تَبَعًا لَهَا) إِذْ هُوَ مُتَّصِلٌ بِهَا (وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ دُونَهَا) لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى إِعْتَاقِهَا مَقْصُودًا لِعَدَمِ الإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلَا إِلَيْهِ تَبَعًا لِمَا فِيهِ مِنْ قَلْبِ المَوْضُوعِ، ثُمَّ إِعْتَاقُ الحَمْلِ صَحِيحٌ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ وَهِبَتُهُ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ

قلتُ: وبهذا يعلم أن وجود المعلول عند وجود العلة أسرع ثبوتـًا من وجود المشروط عند وجود الشرط، وهو معنى قولهم: العلة مع المعلول يقترنان وجودًا من غير تراخ، وأما المشروط مع الشرط فإنَّهما يتعاقبان وجودًا، أي: يوجد الشرط أولًا ثم يوجد المشروط.

قوله: وَلَا اسْتِرْقَاقَ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً، قيد **بقوله**: ابْتِدَاءً، احترازًا عن الاسترقاق بقاءً؛ لأن ذلك من الأمور الحكمية لا الجزائيَّة، فيصح بقاءً، كما يصح بقاء الأملاك بعد وجود أسبابها.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ خَاصَّةً عَتَقَ دُونَهَا، أي: يعتق الحمل خاصة لا الأمة التي هي أُمُّه؛ لأنا لو قلنا بهذا اللفظ عتق الأمة، لا يخلو إما أن نقول: أنَّها تعتق مقصودًا، فلا وجه له؛ لأنه لم يعتقها مقصودًا؛ لأنه أعتق الحمل لا غير، وإمَّا أن نقول: تعتق الأُمُّ باعتبار تبعية عِتق الحمل، ولا وجه له أيضـًا؛ لأنه يلزم قلبُ الموضوع، وهو أن يكون المتبوع تبعًا والتبعُ متبوعًا، وفي أمِّ الولد إنما ثبتَ استحقاق عتق الأم شرعـًا لا قياسـًا.

فإن قلتَ: لو لم تعتق أُمُّه لجاز بيعها، وقد ذكر في كتاب الهبة من «المبسوط»: إذا أعتق ما في بطن أمَته ثم وهبها جازت، بخلاف ما لو باعها فإنه لا يجوز.

قلت: الفرقُ بينهما يجيء في هبة هذا الكتاب إن شاء الله تعالى، وحاصل ذلك هو أنه لمَّا أعتق ما في بطنها لم يبق الجنينُ على ملكه، فهبة الأمة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة

نَفْسَهُ شَرْطٌ فِي الهِبَةِ وَالقُدْرَةُ عَلَيْهِ فِي البَيْعِ وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ بِالإِضَافَةِ إِلَى الجَنِينِ وَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الإِعْتَاقِ فَافْتَرَقَا. (وَلَوْ أَعْتَقَ الحَمْلَ عَلَى مَالٍ صَحَّ) وَلا يَجِبُ المَالُ إِذْ لا وَجْهَ إِلَى الزَامِ المَالِ عَلَى الجَنِينِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيْهِ، وَلا إِلَى الزَامِهِ الأُمَّ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ العِتْقِ نَفْسٌ عَلَى حِدَةٍ، وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ العِتْقِ عَلَى غَيْرِ المُعْتِقِ لا يَجُوزُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الخُلْعِ، وَإِنَّمَا يُعْرَفُ قِيَامُ الحَبَلِ وَقْتَ العِتْقِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْهُ، لِأَنَّهُ أَدْنَى مُدَّةِ الحَمْلِ.

مع استثناء الحمل، واستثناءُ الحمل في الهبة شرطٌ فاسدٌ، والهبةُ لا تبطل بالشروط الفاسدة، رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه أجاز العُمرى وأبطل شرط المُعَمّر».

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الفاسد، رُوي عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنه نَهى عن بَيْع وشَرْط».

وذكر في «المبسوط»: وفي البيع لو استثنى ما في البطن قصدًا لم يجز البيعُ، فكذلك إذا صار مستثنى حكمًا بنفوذ العتق فيه، وفي الهبة لو استثنى ما في البطن قصدًا لم تبطل الهبة، فكذلك إذا صار مستثنًى حكمًا، والمعنى ما بيَّنا.

قوله: وَإِنَّمَا يُعْرَفُ قِيَامُ الحَبَلِ وَقْتَ العِتْقِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْهُ، أي: من وقت العتق، حتى لو ولدت بعد ذلك لستَّة أشهر لا يعتق، فإن ولدت لأقل من ستَّة أشهر عتق؛ لأنه أوجب العتق لما هو موجود في بطنها وقت اليمين، فإذا ولدت لأقل من ستَّة أشهر فقد تيقَّنا بوجود الولد في بطنها وقت اليمين، فإن ولدت واحدًا لأقلَّ منها بيوم وآخر لأكثر منها بيوم عتقا؛ لأنا تيقَّنا بوجود الأول في بطنها وقت اليمين حين ولدته لأقل من ستَّة أشهر، وهما تَوْأَمٌ خُلِقا من ماءٍ واحدٍ، فالحكم بوجود أحدهما في البطن في وقت حكم بوجودها، كذا في «المبسوط».

قوله: وَاشْتِرَاطُ بَدَلِ العِتْقِ عَلَى غَيْرِ المُعْتِقِ لا يَجُوزُ، فإن قلتَ: سلمنا أن اشتراطه

قَالَ: (وَوَلَدُ الأَمَةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ) لِأَنَّهُ مَخْلُوقٌ مِنْ مَائِهِ فَيَعْتِقُ عَلَيْهِ، هَذَا هُوَ الأَصْلُ، وَلَا مُعَارِضَ لَهُ فِيهِ لِأَنَّ وَلَدَ الأَمَةِ لِمَوْلَاهَا. (وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا) لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الأُمِّ بِاعْتِبَارِ الحَضَانَةِ أَوْ لِاسْتِهْلَاكِ مَائِهِ بِمَائِهَا وَالمُنَافَاةُ

على غير المعتق لا يجوز، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحملُ إلى حدٍّ يكون من أهل القبول، وهو أن يكون عاقلًا يعقل العقدَ، كما مرَّ في خُلع الصغيرة، فقال فيه: وإن شرط الألف عليها توقَّف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقدَ.

قلتُ: ذلك في صريح الشرط، وأمَّا هاهُنا فالمسألة مذكورة بكلمة (على)، فكان ذكر المال هاهُنا وصفًا للإعتاق، فلا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل، فيثبت العتق ولا يجب المال، كما في طلاق الصغيرة على مال.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ فِي الخُلْعِ، هذه حوالة غير رائجة، ثم يحتمل أن يكون مرادُه أنه مرَّ في مسألة خلع «الجامع الصغير»، فإن في شروح «الجامع الصغير» في الخلع فرق بين وجوب المال على الأجنبي في الخلع، وبين وجوب المال على الأجنبي في الإعتاق، حيث يصحّ في الخلع ولا يصح في الإعتاق، وذلك لمعنى، وهو أنَّ الأجنبي في الخلع في معنى المرأة من حيث أنه لا يحصل لكل واحدٍ منهما شيء بمقابلة المال، فلمَّا جاز التزام المال في حق المرأة برضاها مع أنها لا يحصل لها شيء، كذلك يجوز في حق الأجنبي؛ لما أن البضع ليس بمتقوم حال الخروج.

بخلاف الإعتاق، فإن رقبة العبد متقومة في الدخول والخروج، وفي الإعتاق يثبت له القوة الحكمية التي لم يكن قبل الإعتاق، فلمَّا حصل للعبد بمقابلة المال شيء، لم يجز وجوب المال على الأجنبي بمقابلة ما يحصل للعبد من القوة الحكمية بالإعتاق؛ لأنه حينئذٍ يكون في معنى مشترٍ يشتري شيئًا بشرط أن يكون الثمن على الأجنبيِّ، وذلك لا يصح، فكذا هذا.

قوله: وَوَلَدُهَا مِنْ زَوْجِهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا؛ لما أن الأوصاف القارة الشرعيَّة في الأمهات تسري إلى الأولاد، وذلك لمعانٍ:

مُتَحَقِّقَةٌ وَالزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِهِ، بِخِلَافِ وَلَدِ المَغْرُورِ لِأَنَّ الوَالِدَ مَا رَضِيَ بِهِ.

(وَوَلَدُ الحُرَّةِ حُرٌّ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لِأَنَّ جَانِبَهَا رَاجِحٌ فَيَتْبَعُهَا فِي وَصْفِ الحُرِّيَّةِ كَمَا يَتْبَعُهَا فِي المَمْلُوكِيَّةِ والمَرْقُوقِيَّةِ وَالتَّدْبِيرِ وَأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ وَالكِتَابَةِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

أحدها: أنا نتيقَّن بأنه مخلوق من مائها، ولم يتيقَّن أنه مخلوقاً من ماء زوجها الحُرّ، ويحتمل أنه من ماء عبدٍ، وما قلناه الولدُ للفراش فهو حكميّ لا حقيقيّ، وفي الأم حقيقيّ وحكميّ فكان ماءُ الأمّ أوْلَى بالاعتبار.

والثاني: أن ماءه يستهلك بمائها؛ لأن مائها في موضعه ويزداد قوة منها لا منه.

والثالث: أن جانبها ترجح بواسطة الحضانة والتربية على ما ذكر في الكتاب.

والرابع: أن الولد ما دام مُجْتَنًّا في رحم المرأة فهو بمنزلة عضو من أعضائها، كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حسًّا وشرعاً، أمَّا حسًّا فإنه يتنفس بنفسها ويتنقل بانتقالها، حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها.

وأمَّا شرعًا: فإنه يعتق بعتقها بخلاف الأب، فلمَّا كان كذلك أخذ الجنين وصف أمه كجزء أمه، فالحاصل أنه يتبع الأمَّ في الحرية والرقية، والأبَ في النسب، وخير الأبوين في الدين.

قوله: وَالزَّوْجُ قَدْ رَضِيَ بِهِ، أي: رضي برقِّ الولد، حيث أقدم على تزوج الأمة مع كونه عالمًا أنَّ الولد يكون رقيقاً.

قوله: كَمَا يَتْبَعُهَا فِي المَمْلُوكِيَّةِ والمَرْقُوقِيَّةِ، إنَّما أوْرَد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان؛ لأن في المدبر وأم الولد الملك كاملٌ والرقُّ ناقصٌ، وفي المكاتب على عكسه، أو لأن المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم، والمرقوقيَّة خاصٌّ فيهم، فيتبيَّن به أن الولد يتبع الأم في العام والخاص، وإنَّما قلنا أن في المملوكية العامة أيضاً يتبع الولدُ الأم، بدليل أن البقر الوحشيّ، والحُمر الوحشيَّة، والظِّباء لا يجوز في الأضحية، وإذا كان الولدُ بين الوحشيّ والأهليّ يُنظر إن كانت الأمّ وحشيَّة لا يجوز، وإن كانت أهليَّة يجوز؛ لما أن الولدَ تابع للأمّ فيها أيضاً، كذا في «فتاوى الإمام الولوالجي» رحمه الله، والله أعلم.

(بَابُ العَبْدِ يُعْتَقُ بَعْضُهُ)

(وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ) عَتَقَ ذَلِكَ القَدْرُ وَيَسْعَى فِي بَقِيَّةِ قِيمَتِهِ لِمَوْلَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: (يَعْتِقُ كُلُّهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِعْتَاقَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَيَقْتَصِرُ عَلَى

باب العبد يعتق بعضه

لمَّا ذكر إعتاق الكل، ذكر في هذا الباب إعتاق البعض؛ إمَّا لأن الجزء يتبع الكلَّ فيتبعه في الذكر أيضًا؛ أو لأن إعتاق البعض بمنزلة العوارض لقلَّة وقوعه، فأخَّر ذكره عن ذكر الإعتاق الذي يقع كثيرًا؛ أو لأن هذه المسألة مختلف فيها، فقدم المتفق على المختلف؛ لأن الأصل هو الاتفاق؛ لأنه مبني على اتحاد القضايا العقليَّة والشرعية، والأصل هو الاتحاد في القضايا العقلية والشرعيَّة.

قوله: وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَى بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ ذَلِكَ القَدْرُ، إلى آخره.

قال صاحبُ «الميزان» رحمه الله في طريقته: المعنى من قولنا: الإعتاق يتجزَّأ ليس هو أن ذات القول يتجزَّأ، أو حكمه يتجزَّأ؛ لأنه محال، بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزَّأ، فيتصوَّر ثبوته في النصف دون النصف، وحاصلُ الخلاف راجعٌ إلى أن إعتاق النصف هل يوجبُ زوال الرق عن المحل كله أم لا؟ عنده لا يوجب، بل يبقى كل المحل رقيقـًا ولكن زال الملك بقدره، وعندهما يوجب زوال الرقِّ عن الكل.

وذكر في «المبسوط»، و«الأسرار»: أن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي، إن شاء أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤدِّ السعايةَ فهو كالمكاتب، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يعتق كله ولا سعاية عليه؛ لقوله

مَا أَعْتَقَ وَعِنْدَهُمَا لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فَإِضَافَتُهُ إِلَى البَعْضِ كَإِضَافَتِهِ إِلَى الكُلِّ فَلِهَذَا يَعْتِقُ كُلُّهُ، لَهُمْ أَنَّ الإِعْتَاقَ إِثْبَاتُ العِتْقِ وَهُوَ قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ، وَإِثْبَاتُهَا بِإِزَالَةِ ضِدِّهَا وَهُوَ الرِّقُّ الَّذِي هُوَ ضَعْفٌ حُكْمِيٌّ وَهُمَا لا يَتَجَزَّآنِ فَصَارَ

عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصًا من عبدٍ فهو حرٌّ كله، ليس لله تعالى فيه شريكٌ».(١)

والمعنى فيه أن العتق، أي: الإعتاق إسقاط الرقِّ، والرقُّ لا يتجزَّأ ابتداءً وبقاءً، فإسقاطه بالعتق لا يتجزَّأ، كما أن الحل لمَّا كان لا يتجزَّأ ابتداءً وبقاءً، فإبطالُه بالطلاق لا يتجزَّأ.

وبيانه أن قوله: إعتاقٌ، فلا يتحقق إلا بانفعال العتق في المحل، وبعد انفعال العتق في بعض الشخص لو بقيَ الرق في شيءٍ منه كان في ذلك تجزّي الرق في محل واحد، وذلك لا يجوز؛ فإن الرقَّ عقوبة وجبت على الآدميّ بسبب الكفر في الأصل، والعقوبة لا يتصور وجوبُها على النصف شائعًا؛ لأن الذنب لا يتصور من النصف دون النصف؛ ولأن الذي ينبني على العتق من الأحكام يضادّ أحكام الرقِّ من الأهليَّة للشهادات، والإرث، والولايات، ولا يُتصور اجتماع الضدين في محل واحد؛ ولأن اتصال أحد النصفين بالآخر أقوى من اتصال الجنين بالأم؛ لأن ذلك لغرض الفصل، ثم إعتاق الأمِّ يوجب عتق الجنين لا محالةَ، فإعتاق أحد النصفين أن يوجب عتقَ النصف الآخر أوْلَى.

قوله: وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، أي: فيما إذا كان المولى واحدًا وكان المعتق موسرًا، فعند ذلك قوله كقولهما، وأمَّا إذا كان معسرًا يبقى ملك الساكت كما كان، حتى يجوز له أن يبيع ويهب عنده على ما يجيء في الكتاب.

قوله: وَهُمَا لا يَتَجَزَّآنِ، أي: العتق والرق، أي: لما لم يتجزَّأ العتق والرق فلا يتجزَّأ الإعتاق ضرورة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه حديث سالم عن ابن عُمر رضي الله عنهم أن النبي عليه

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): وفي «المحيط»: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق نصيبه من عبد عتق كله، ليس لله تعالى فيه شريك»، انتهى.

كَالطَّلَاقِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ وَالِاسْتِيلَادِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِعْتَاقَ

الصلاة والسلام قال: «من أعتق شِقصًا له من عبده فإن كان موسرًا فعليه خلاصه، وإلا فقد عتَقَ ماعتَقَ، ورقّ مارقّ»، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام: «فهو حرٌّ كله» سيصير حرًّا كله بإخراج الباقي إلى الحريَّة بالسعاية، فيكون فيه بيان أنه لا يُستدام الرقّ فيما بقي منه، وهو مذهبنا.

والمعنى فيه أنَّ هذا إزالة ملك اليمين بالقول، فيتجزَّأ في المحل كالبيع، وتأثيره أن تصرّف المالك باعتبار ملكه، وهو مالك للمالية دون الرقّ، والرقُّ اسم لضعفٍ ثابتٍ في أهل الحرب مجازاةً وعقوبةً على كفرهم، وهو لا يحتمل التملك كالحياة، إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، وذلك لا يدل على أن الحياة مملوك له، وإذا ثبتَ أنه يملك الماليَّة، وملك المالية محتمل للتجزّي فإنما يزول بقدر مزيله، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله، بل هو كالمكاتب عنده.

وأمَّا قولهم: فالعتق غير متجزٍّ فلا يتجزَّأ الإعتاق في نفسه، فغير صحيح؛ لما أنَّ العتق الذي ينبني على الإعتاق غير متجزٍّ، والإعتاق في نفسه متجزٍّ حتى يتصور من جماعة، فالمعتق للبعض إنما يثبت شطر العلة، فيتوقف عتقُ المحل على تكميلها، وهو نظير إباحة أداء الصلاة تنبني على غسل أعضاء هي متجزِّئة في نفسها، حتى يكون غاسل بعض الأعضاء متطهرًا بقدره، ثمَّ يتوقف إباحة أداء الصلاة على إكمال العلة.

وحرمة المحل لا تتجزأ وإن كانت تنبني على طلقات هي متجزِّئة، حتى كان الموقِّع للتطليقتين مُطلِّقًا، ويتوقف ثبوت الحرمة على كمال العلة، وهاهُنا أيضًا نزول العتق في المحل يتوقف على تمام العلة في المحل بإعتاق ما بقيَ، وإن كان معتق البعض معتقًا؛ لأن الإعتاق يقتضي انفعال العتق كما قالوا، ولكن لا يقتضي الاتصال بالإعتاق، بل يثبت الاستحقاق بالإعتاق ويتأخَّر ثبوته في المحل إلى إكمال العلة، وفي هذه الحالة له حكم المكاتب الذي هو بين الحرِّ والعبد؛ لأنه صار بينهما.

واستدلَّ أبو حنيفة رحمه الله بدلالة الإجماع أيضًا على أن إعتاق البعض ليس بإعتاق

إِثْبَاتُ العِتْقِ بِإِزَالَةِ المِلْكِ، أَوْ هُوَ إِزَالَةُ المِلْكِ لِأَنَّ المِلْكَ حَقُّهُ وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرْعِ أَوْ حَقُّ العَامَّةِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ مَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ المُتَصَرِّفِ وَهُوَ إِزَالَةُ حَقِّهِ لا حَقِّ غَيْرِهِ، وَالأَصْلُ أَنَّ التَّصَرُّفَ يَقْتَصِرُ عَلَى مَوْضِعِ الإِضَافَةِ وَالتَّعَدِّي إِلَى مَا وَرَاءَهُ ضَرُورَةَ عَدَمِ التَّجْزِيءِ، وَالمِلْكُ مُتَجَزِّئٌ كَمَا فِي البَيْعِ وَالهِبَةِ فَيَبْقَى عَلَى الأَصْلِ، وَتَجِبُ السِّعَايَةُ لِاحْتِبَاسِ مَالِيَّةِ البَعْضِ عِنْدَ العَبْدِ، وَالمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ عِنْدَهُ لِأَنَّ الإِضَافَةَ إِلَى البَعْضِ تُوجِبُ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ فِي كُلِّهِ، وَبَقَاءُ المِلْكِ فِي بَعْضِهِ يَمْنَعُهُ،

للكل، فإن المعتق إذا كان معسرًا لا يضمن، ولو كان إعتاقـًا للكل وإتلافـًا حكمـًا لضمنَ، موسرًا كان أو معسرًا، كما لو أتلف بالسيف أو بالشهادة لإنسان ثمَّ رجع بعد القضاء؛ فإنه يضمن موسرًا كان أو معسرًا، فالسقوط بالعُسْر دليل على أن للضمان حكم الصِّلات بوجه ولم يتمحض ضمان إتلاف، وإنَّما يثبت حكم الصلةِ من وجه إذا ثبتَ أنه متجزٍّ؛ ليأخذ الضمان حكم المعونة للعبد؛ لما عُرف في مسألة سقوط ضمان العتق بالموت.

أمَّا عتق الجنين عند إعتاق الأم فليس لأجل الاتصال، ألا ترى أن إعتاق الجنين لم يوجب إعتاق الأم، والاتصال موجود ولكن الجنين في حكم جزءٍ من أجزائها كيدها ورجلها، وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع، وأحد النصفين ليس بتبع للنصف الباقي، فلذلك لم يكن إعتاق أحد النصفين موجبًا العتقَ في النصف الباقي، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: وَالرِّقَّ حَقُّ الشَّرْعِ؛ لأنه استنكف أن يكون عبدًا لله، فجازاه الله تعالى بأن صيَّره عبد عبده، وهذه آية حق الشرع.

قوله: أَوْ حَقُّ العَامَّةِ، فإن الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الأموال، فصار في حقِّهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الانتفاع به.

قوله: فَيَبْقَى عَلَى الأَصْلِ، وهو أن الأصل أن يقتصر التصرف بموضع إضافة التصرف إليه.

فَعَمِلْنَا بِالدَّلِيلَيْنِ بِإِنْزَالِهِ مُكَاتَبًا إِذْ هُوَ مَالِكُ يَدٍ إِلَّا رَقَبَةً، وَالسِّعَايَةُ كَبَدَلِ الكِتَابَةِ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ، وَلَهُ خِيَارُ أَنْ يُعْتِقَهُ لِأَنَّ المُكَاتَبَ قَابِلٌ لِلْإِعْتَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ إِذَا عَجَزَ لَا يُرَدُّ إِلَى الرِّقِّ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لَا إِلَى أَحَدٍ فَلَا يَقْبَلُ الفَسْخَ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ المَقْصُودَةِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ، وَلَيْسَ فِي الطَّلَاقِ وَالعَفْوِ عَنِ القِصَاصِ حَالَةٌ مُتَوَسِّطَةٌ، فَأَثْبَتْنَاهُ فِي الكُلِّ تَرْجِيحًا لِلْمُحَرِّمِ، وَالِاسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوِ اسْتَوْلَدَ نَصِيبَهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَفِي القِنَّةِ لَمَّا ضَمِنَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإِفْسَادِ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الِاسْتِيلَادُ.

(وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَشَرِيكُهُ

قوله: فَعَمِلْنَا بِالدَّلِيلَيْنِ؛ لما أن زوال الملك عن النصف يوجبُ ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق؛ لأنه لا يتجزَّأ، وبقاء الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرقِّ؛ لأنه لا يتجزَّأ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل، وما يوجب بقاء الملك في الكل، والعمل بالدليلين ممكنٌ بأن يجعل مكاتباً؛ لأن المكاتب بين المالكية والمملوكية، إلى هذا أشار في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

أو أنَّ إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله كما هو قولهما، وبقاء الملك في البعض يمنع ثبوت المالكية في الكل كما هو قول أبي حنيفة رحمه الله، فقلنا إنه حرٌّ يدًا مملوكٌ رقبةً كالمكاتب، عملًا بالدليلين.

قوله: يُقَالُ وَيُفْسَخُ، أي: تصح الإقالة والفسخ.

قوله: مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَكَمُلَ الِاسْتِيلَادُ، لا باعتبار أن الاستيلاد غير متجزٍّ عنده.

قوله: فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَتَقَ، فإن قيل: كيف يصح **قوله**: عَتَقَ، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يثبت شيء من العتق، كما لا يثبت شيء من إباحة أداء الصلاة عند غسل

بِالخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، فَإِنْ ضَمِنَ رَجعَ المُعْتِقُ عَلَى العَبْدِ وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، وَإِنْ أَعْتَقَ أَوِ اسْتَسْعَى فَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ المُعْتِقُ مُعْسِرًا فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا فِي الوَجْهَيْنِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا:

بعض أعضاء الوضوء.

قلنا: المراد منه ثبتَ استحقاق العتق، أو زالَ ملك الشريك مع بقاء الرقِّ في كل العبد.

وإنما قيَّد **بقوله:** فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ؛ لأنه لو أعتق أحدهما نصيبَ شريكه منه لم يعتق بالاتفاق؛ لأن ملك الغير ليس بمحل العتق في حقِّه، والسراية عندهما إنَّما تكون بعد مصادفة العتق محله، وهو تصرُّف المتصرف في ملكه، فإذا لم يصادف محله كان لغوًا.

قوله: وَإِنْ أَعْتَقَ أَوِ اسْتَسْعَى فَالوَلَاءُ بَيْنَهُمَا، غاية ما في الباب أن الساكت أعتقه بالبدل، والإعتاق على المال لا ينافي ثبوت الولاء.

قوله: فَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، وليس له حق تضمين الشريك إلا على قول بِشْر المريسي، والقياسُ فيه إمَّا وجوب الضمان على المعتق، موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبَه، فإنه يتعذر عليه استدامة ملكه، والتصرف في نصيبه، وضمان الإفساد لا يختلف باليسار والإعسار.

والقياس الثاني أن لا يجب ضمان على المعتق بحالٍ؛ لأنه متصرِّفٌ في نصيب نفسه، والمتصرف في ملكه لا يكون متعديًا، ولا يلزمه الضمان وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير، كمن شقي أرضَه فنزَّت أرض جاره، أو أحرق الحصائد في أرضه فاحترقَ شيء من ملك جاره.

ولكنَّا تركنا القياس للآثار، فمنها ما روى نافع عن ابن عُمر رضي الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فِي الرَّجُلِ يُعْتِقُ نَصِيبَهُ: «إنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى

لَيْسَ لَهُ إِلَّا الضَّمَانُ مَعَ اليَسَارِ وَالسِّعَايَةُ مَعَ الإِعْسَارِ، وَلَا يَرْجِعُ المُعْتِقُ عَلَى العَبْدِ وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ) وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ تُبْتَنَى عَلَى حَرْفَيْنِ: أَحَدُهُمَا: تَجْزِيءُ الإِعْتَاقِ وَعَدَمُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَالثَّانِي: أَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ لا يَمْنَعُ سِعَايَةَ العَبْدِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَمْنَعُ، لَهُمَا فِي الثَّانِي قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي الرَّجُلِ يُعْتِقُ نَصِيبَهُ، إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى فِي حِصَّةِ الآخَرِ، قَسَّمَ وَالقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ.

فِي حِصَّةِ الآخَرِ»، وهكذا روى عروة عن عائشة رضي الله عنهما، كذا في «المبسوط».

ثم اعلم أن الساكت لما تخيَّر بين الإعتاق والاستسعاء، فاختيار الساكت أحدهما إبراءٌ للآخر، فكان هو نظير اختيار المالك تضمين أحد الغاصبين، واختيارُه أن يقول: اخترتُ أن أضمنك، أو يقول: أعطني حقِّي، أمَّا إذا اختاره بالقلب فذاك ليس بشيءٍ.

وإن كان الساكت صغيرًا والمعتق موسرٌ، فولي الصغير يُخيّر بين التضمين والاستسعاء عند أبي حنيفة رحمه الله، والتضمين أوْلَى، وإن لم يكن له وليٌّ ينتظرُ بلوغه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَا يَرْجِعُ المُعْتِقُ عَلَى العَبْدِ، على قولهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله يرجع المعتق على العبد إذا ضمن المعتق لما ذكروا من الدليل من الطرفين.

فإن قلتَ: كان القياس أن يرجع العبدُ بما سعى على المعتق إذا أيْسَر على القولين كما في العبد المرهون، ولِمَا أن المعتق هو الذي ورَّطَه في هذه الورطة، فإنه لولا إعتاقه لمَا وجبَ عليه الاستسعاء فيجبُ عليه أداء ضمانه، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله، كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى.

قلتُ: إذا كانت عُسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت، فكذلك تمنع وجوب الضمان عليه للعبد؛ وإنَّما سعى العبدُ في بدل رقبته ومالكيته، وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحدٍ، بخلاف المرهون؛ فإن سعايته ليست في بدل رقبته، بل في الدين الذي هو

وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ عِنْدَ العَبْدِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ وَأَلْقَتْهُ فِي صَبْغِ غَيْرِهِ حَتَّى انْصَبَغَ بِهِ فَعَلَى صَاحِبِ الثَّوْبِ قِيمَةُ صَبْغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِمَا قُلْنَا فَكَذَا هَاهُنَا، إِلَّا أَنَّ العَبْدَ فَقِيرٌ فَيَسْتَسْعِيهِ، ثُمَّ المُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ، وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مِنَ المَالِ قَدْرَ قِيمَةِ نَصِيبِ الآخَرِ لَا يَسَارُ الغِنَى؛

ثابت في ذمة الراهن، ومن كان مجبرًا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبتُ له حق الرجوع به عليه، كما في مُعير الرهن، كذا في «المبسوط».

قوله: كَمَا إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ فِي ثَوْبِ إِنْسَانٍ، إلى أن قال: قِيمَةُ صَبْغِ الآخَرِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا.

فإن قيل: هذا القياس وقع معارضـًا لحديث القسمة وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «إِنْ كَانَ غَنِيًّا ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا سَعَى العَبْدُ»، وكل قياس هو مخالفٌ للنص فهو مردودٌ.

قلنا: ذكر القسمة في الحديث بلفظ الشرط، والشرط يقتضي الوجود عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند العدم، فإن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم علق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدم الفقر على ما هو أصلنا، فجاز له أن يستسعى عند وجود الدليل وإن كان موسرًا.

قوله: لِمَا قُلْنَا، وهو قوله: وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ عِنْدَ العَبْدِ.

قوله: ثُمَّ المُعْتَبَرُ يَسَارُ التَّيْسِيرِ، وَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مِنَ المَالِ قَدْرَ قِيمَةِ نَصِيبِ الآخَرِ لَا يَسَارُ الغِنَى، ولم يستثن الكفاف في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن استثنى، ويعتبر قيمة العبد في الضمان، والسعاية يوم الإعتاق، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، وإن قال: أعتقتُ وأنا معسرٌ، وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتقُ، كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه.

وإن ماتَ العبد قبل أن يختار الساكت شيئـًا لم يكن له تضمين المعتق إن كان موسرًا في روايةٍ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى المعتق، وقد فاتَ

لِأَنَّ بِهِ يَعْتَدِلُ النَّظَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ بِتَحْقِيقِ مَا قَصَدَهُ المُعْتِقُ مِنَ القُرْبَةِ وَإِيصَالِ بَدَلِ حَقِّ السَّاكِتِ إِلَيْهِ، ثُمَّ التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِمَا ظَاهِرٌ، فَعَدَمُ رُجُوعِ المُعْتِقِ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبْدِ لِعَدَمِ السِّعَايَةِ عَلَيْهِ فِي حَالَةِ اليَسَارِ وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ العِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ لِعَدَمِ التَّجْزِيءِ، وَأَمَّا التَّخْرِيجُ عَلَى قَوْلِهِ فَخِيَارُ الإِعْتَاقِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي البَاقِي إِذِ الإِعْتَاقُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَالتَّضْمِينُ لِأَنَّ المُعْتِقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِهِ نَصِيبَهُ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ البَيْعُ وَالهِبَةُ وَنَحْوُ ذَلِكَ مِمَّا سِوَى الإِعْتَاقِ وَتَوَابِعِهِ، وَالِاسْتِسْعَاءُ لِمَا بَيَّنَّا،

النقل بالموت، وفي ظاهر الرواية عنه: له ذلك؛ لأن الضمان يستند إلى حالة الإعتاق كما في تضمين المتلفات، وعندهما الضمان واجبٌ.

ولو باع الساكتُ نصيبَه من المعتق، أو وهب على عوض، فالقياس أن يجوز كالتضمين، وفي الاستحسان لا؛ لأن هذا تمليك للحال وهو غير محلٍّ له، بخلاف التضمين، فإنه تمليكٌ من وقت الإفساد وهو محل له، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: وإن كان أعتقه أحد الشريكين في مرض موته وهو موسرٌ، ثم ماتَ لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله، بل يسقط؛ لأن الضمان إنَّما يجب عليه بطريق التحمل والصلة، والصِّلاتُ تسقط بالموت قبل الأداء، وعندهما يؤخذ الضمان من تركته؛ لأن الضمان واجبٌ عليه بطريق الأصالة؛ لأنه أتلفَ نصيب الساكت، وضمان الإتلاف يكون على المتلِف، ولا يسقط بموته، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته نصًّا بخلاف القياس.

قوله: لِأَنَّ بِهِ، أي: بيسار التيسير.

قوله: وَالِاسْتِسْعَاءُ، معطوف على: وَالتَّضْمِينُ، **وقوله:** لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلى **قوله:** وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ، ولفظ: احْتَبَسَتْ، بفتح التاء والباء على بناء الفاعل، هكذا كان مقيَّدًا بقيد شيخي رحمه الله.

وَيَرْجِعُ المُعْتِقُ بِمَا ضَمِنَ عَلَى العَبْدِ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ السَّاكِتِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَقَدْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ بِالِاسْتِسْعَاءِ فَكَذَلِكَ لِلْمُعْتِقِ وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنًا فَيَصِيرُ كَأَنَّ الكُلَّ لَهُ وَقَدْ عَتَقَ بَعْضُهُ فَلَهُ أَنْ يُعْتِقَ البَاقِيَ أَوْ يَسْتَسْعِيَ إِنْ شَاءَ، وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ فِي هَذَا الوَجْهِ لِأَنَّ العِتْقَ كُلَّهُ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ مَلَكَهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ، وَفِي حَالِ إِعْسَارِ المُعْتِقِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ لِبَقَاءِ مِلْكِهِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى لِمَا بَيَّنَّا، وَالوَلَاءُ لَهُ فِي الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ العِتْقَ مِنْ جِهَتِهِ، وَلَا يَرْجِعُ المُسْتَسْعَى عَلَى المُعْتِقِ بِمَا أَدَّى بِإِجْمَاعٍ بَيْنَنَا لِأَنَّهُ يَسْعَى

قوله: وَقَدْ كَانَ لَهُ ذَلِكَ بِالِاسْتِسْعَاءِ، أي: وقد كان للساكت الرجوع على العبد بالاستسعاء فكذلك للمعتق؛ لأنه قامَ مقام الساكت كالمدبَّر إذا قُتِل في يد الغاصب وضمن الغاصب كان له أن يرجعَ بما ضمن على القاتل، كذا في «مبسوط» شيخ الإسلام رحمه الله.

قوله: ضِمْنًا، في قوله: وَلِأَنَّهُ يُمْلَكهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ضِمْنًا، لجواب سُؤالٍ يرد على قوله: وَالمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ عِنْدَهُ، فإنه لمَّا كان بمنزلة المكاتب كان ينبغي أن لا يتملكه بالضمان؛ لأن المكاتبَ لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب عنه وقال: إنما يملكه ضمنًا لأداء الضمان لا قصدًا، والضمنيَّات لا تعتبَرُ.

قوله: وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَلَهُ أَنَّهُ احْتَبَسَتْ مَالِيَّةُ نَصِيبِهِ.

قوله: وَالوَلَاءُ لَهُ، أي: للساكت وللمعتق أيضًا، فكان الولاء بينهما؛ لأن العتق حصلَ منهما كما إذا كان المعتق موسرًا، فاختار الساكتُ الإعتاقَ أو الاستسعاءَ، فذكرَ هناك أن الولاء بينهما لوجود الإعتاق منهما، فكذلك هاهنا فِي الوَجْهَيْنِ، أي في الإعتاق والاستسعاء.

قوله: وَلَا يَرْجِعُ المُسْتَسْعَى - بفتح العين على صيغة اسم المفعول وهو العبد - عَلَى المُعْتِقِ، بخلاف العبد المرهون، فإنه إذا سعى يرجع على الراهن، وقد بيَّناه.

قوله: بِإِجْمَاعٍ بَيْنَنَا وإنما قيَّد به احترازًا عن قول أبي ليلى، فإن عنده يرجع العبد بما

لِفِكَاكِ رَقَبَتِهِ أَوْ لا يَقْضِي دَيْنًا عَلَى المُعْتَقِ إِذْ لا شَيْءَ عَلَيْهِ لِعُسْرَتِهِ، بِخِلَافِ المَرْهُونِ إِذَا أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ المُعْسِرُ لِأَنَّهُ يَسْعَى فِي رَقَبَةٍ قَدْ فُكَّتْ أَوْ يَقْضِي دَيْنًا عَلَى الرَّاهِنِ فَلِهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي المُوسِرِ كَقَوْلِهِمَا، وَقَالَ فِي المُعْسِرِ: يَبْقَى نَصِيبُ السَّاكِتِ عَلَى مِلْكِهِ يُبَاعُ وَيُوهَبُ لِأَنَّهُ لا وَجْهَ إِلَى تَضْمِينِ الشَّرِيكِ لِإِعْسَارِهِ وَلَا

سعى على المعتق، وقد ذكرناه وجوابه.

وقال في المعسر: يبقى نصيبُ الساكت على ملكه، ويتصرَّفُ فيه بما شاء، فوجه قوله أن عُسرة العبد أظهر من عسرة المعتق؛ لأنه ليس من أهل ملك المال، فإذا لم يجب الضمان على المعتق لعُسرته فكذلك لا يجب على العبد، بل أَوْلَى؛ لأن المعتِق معسرٌ جانٍ، والعبدُ معسرٌ غير جانٍ؛ وهذا لأنه لو لزمته السعايةُ إنَّما تلزمه في بدل رقبته، وليس للمولى ولاية إلزام المال بدلًا عن رقبته في ذمَّته، كما لو كاتبَه بغير رضاه، فلأن لا يكون ذلك لغير المالك أَوْلَى.

وحجتنا في ذلك حديث بشير بن نَهيك عن أبي هريرة رضي الله عنهما عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه قال: «من أعتق شقصًا من عبد بينه وبين غيره قوِّم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا قيمةَ عدل، وإلا يُستسعى العبد في نصيبه غير مشقوق عليه»، أي غير مُشتدٍّ عليه الأمر، والمعنى فيه أن نصيب الشريك مالٌ متقوم وقد احتبس عند العبد؛ لما قلنا أن بعد إعتاق بعض العبد يمتنع استدامة الملك فيما بقي لوجوب تكميل العتق، والدليل عليه حالةُ اليسار، فإن حكم المحل لا يختلف بيسار المعتق وعسرته.

ومن احتبس ملك الغير عنده يكون ضامنًا له موسرًا كان أو معسرًا، وجد منه الصنع أو لم يوجد، كما لو هبَّت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ إنسان فانصبغ، كان لصاحب الصبغ أن يرجع عليه بقيمة صبغه إذا اختارَ صاحب الثوب إمساك الثوب، وكذلك لو استولد أحدُ الشريكين الجاريةَ المشتركةَ يضمن نصيب شريكه، موسرًا كان أو معسرًا؛ لاحتباس نصيب الشريك عنده، فكذلك هاهنا يجبُ على العبد السعاية في نصيب الشريك وإن كان معسرًا،

إِلَى السِّعَايَةِ لِأَنَّ العَبْدَ لَيْسَ بِجَانٍ وَلَا رَاضٍ بِهِ، وَلَا إِلَى إِعْتَاقِ الكُلِّ لِلْإِضْرَارِ بِالسَّاكِتِ فَتَعَيَّنَ مَا عَيَّنَاهُ، قُلْنَا: إِلَى الِاسْتِسْعَاءِ سَبِيلٌ لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الجِنَايَةِ بَلْ تُبْتَنَى السِّعَايَةُ عَلَى احْتِبَاسِ المَالِيَّةِ فَلَا يُصَارُ إِلَى الجَمْعِ بَيْنَ القُوَّةِ المُوجِبَةِ لِلْمَالِكِيَّةِ وَالضَّعْفِ السَّالِبِ لَهَا فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ.

قَالَ: (وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ بِالعِتْقِ سَعَى العَبْدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ مُوسِرَيْنِ كَانَا أَوْ مُعْسِرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَكَذَا

لاحتباس نصيب الشريك عنده.

وهذا بخلاف بدل الكتابة؛ لأن وجوبه بعقدٍ يعتمد التراضي، ووجوب السعاية من طريق الحكم للاحتباس، وذلك متقرِّرٌ وإن لم يرض به العبد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا رَاضٍ بِهِ، أي: العبدُ غير راضٍ بفعل الإعتاق؛ لأن الرضى لا يتحقق إلا بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق، فلا يكون العبد عالمًا بالإعتاق، فلا يكون راضيًا فلا تجب السعاية.

قوله: فَتَعَيَّنَ مَا عَيَّنَاهُ، وهو عتق ما عتق، ورقُّ ما رق.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الجِنَايَةِ؛ أي: لأن الاستسعاء لا يحتاج في وجوده إلى الجناية لا محالةَ، كما في إعتاق العبد المرهون والراهن معسرٌ.

قوله: فَلَا يُصَارُ إِلَى الجَمْعِ، وهو جمع الضعف مع القوَّة، هذا جوابٌ عن قوله، لأن على تقدير قوله وهو صحَّة البيع والهبة في نصيب الساكت مع إعتاق المعتق نصيبَه يلزم الجمع بين العتق والملك في شخصٍ واحدٍ، وهو لا يجوز؛ لما أن الاستسعاء ممكنٌ باعتبار احتباس المالية فيه.

قوله: وَلَوْ شَهِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الآخَرِ بِالعِتْقِ، أي: بالإعتاق.

إذَا كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعْسِرًا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ فَصَارَ مُكَاتِبًا فِي زَعْمِهِ عِنْدَهُ وَحَرُمَ عَلَيْهِ الِاسْتِرْقَاقُ فَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَيُمْنَعُ مِنِ اسْتِرْقَاقِهِ وَيَسْتَسْعِيه لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الِاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا لِأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ أَوْ مَمْلُوكُهُ فَلِهَذَا يَسْتَسْعِيَانِهِ، وَلا يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الحَالَيْنِ فِي أَحَدِ شَيْئَيْنِ، لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ لا يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُ، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لِإِنْكَارِ الشَّرِيكِ فَتَعَيَّنَ الآخَرُ وَهُوَ السِّعَايَةُ، وَالوَلاءُ لَهُمَا لِأَنَّ كُلًّا

قوله: فِي زَعْمِهِ - أي: في زعم كل واحد منهما - عِنْدَهُ - أي: عند أبي حنيفة رضي الله عنه - وَحَرُمَ عَلَيْهِ الِاسْتِرْقَاقُ - أي: على كل واحد منهما - فَيُصَدَّقُ - أي: كل واحد منهما - فِي حَقِّ نَفْسِهِ.

قوله: لِأَنَّهُ مُكَاتَبُهُ - أي: على تقدير الصِّدق - أَوْ مَمْلُوكُهُ، أي: على تقدير الكذب، كان من حق اللُّف والنَّشر أن يقال: صادقًا كان أو كاذبًا؛ لأنه مكاتبه أو مملوكه.

وإنَّما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين، فإن المولى إذا كان كاذبًا في قوله: أعتق الشريك يكون الكسب للمولى، والمراد من الاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وأمَّا إذا كان صادقًا في قوله: أعتق الشريك يكون مقرًّا بأن العبد صار مُكاتبًا باعتبار تجزِّي الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله، فكان الاستسعاءُ حينئذٍ بمنزلة أخذ بدل الكتابة، وذلك أيضًا جائزٌ.

قوله: لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الحَالَيْنِ - أي: لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار - فِي أَحَدِ شَيْئَيْنِ، أي: التضمين أو الاستسعاء.

قوله: وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّضْمِينُ لِإِنْكَارِ الشَّرِيكِ، ولا يقال: لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فإنه لمَّا أنكر يحلف، فإذا نكلَ عن الحلف يجب الضمان؛ لأنا نقول: لمَّا كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبَه يحلف، فلم يجب الضمان على تقدير الحلف ويتعيَّن السعاية، فلا فائدةَ في التحليف، بل يتعين السعاية بلا تحليف؛ لأن مآلَه إليه.

مِنْهُمَا يَقُولُ عَتَقَ نَصِيبُ صَاحِبِي عَلَيْهِ بِإِعْتَاقِهِ وَوَلَاؤُهُ لَهُ، وَعَتَقَ نَصِيبِي بِالسِّعَايَةِ وَوَلَاؤُهُ لِي. (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ فَلَا سِعَايَةَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَبْرَأُ عَنْ سِعَايَتِهِ بِدَعْوَى العَتَاقِ عَلَى صَاحِبِهِ لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُمَا، إِلَّا أَنَّ الدَّعْوَى لَمْ تَثْبُتْ لِإِنْكَارِ الآخَرِ وَالبَرَاءَةُ عَنِ السِّعَايَةِ قَدْ ثَبَتَتْ لِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ سَعَى لَهُمَا) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي السِّعَايَةَ عَلَيْهِ صَادِقًا كَانَ أَوْ كَاذِبًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ إِذِ المُعْتِقُ مُعْسِرٌ.

(وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالآخَرُ مُعْسِرًا سَعَى لِلْمُوسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِإِعْسَارِهِ، وَإِنَّمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ السِّعَايَةَ فَلَا يَتَبَرَّأُ عَنْهُ (وَلَا يَسْعَى لِلْمُعْسِرِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ يَدَّعِي الضَّمَانَ عَلَى صَاحِبِهِ لِيَسَارِهِ فَيَكُونُ مُبَرِّئًا لِلْعَبْدِ عَنِ السِّعَايَةِ، وَالوَلَاءُ مَوْقُوفٌ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُحِيلُهُ عَلَى صَاحِبِهِ وَهُوَ يَتَبَرَّأُ عَنْهُ فَيَبْقَى مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى إِعْتَاقِ أَحَدِهِمَا.

قوله: إِلَّا أَنَّ الدَّعْوَى لَمْ تَثْبُتْ لِإِنْكَارِ الآخَرِ وَالبَرَاءَةُ عَنِ السِّعَايَةِ قَدْ ثَبَتَتْ لِإِقْرَارِهِ ... عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وهو قوله: لِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِحَقِّ الِاسْتِسْعَاءِ كَاذِبًا كَانَ أَوْ صَادِقًا.

وذكر في «المبسوط»: وإن شهد أحد الشريكين على صاحبه بالعتق لم يجز شهادته؛ لأنه في الحقيقة مدع إمَّا الضمانَ على شريكه، أو السعاية على العبد في نصيبه، ولكن الرقَّ يفسد بإقراره؛ لأنه متمكن من إفساد الرق بإعتاقه، فإذا أقرَّ بفساد الرق بإعتاق الشريك يعتبر إقراره في ذلك، ثمَّ يسعى العبد في قيمته بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا؛ لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية، والشاهد منهما يقول: شريكي معتقٌ وليَ استسعاء العبد مع يساره، والمشهود عليه يقول: الشاهد كاذب ولا ضمان لي عليه، ولكن لي حق استسعاء العبد لاحتباس نصيبي عنده.

(وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فُلَانٌ هَذِهِ الدَّارَ غَدًا فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الآخَرُ: إِنْ دَخَلَ فَهُوَ حُرٌّ فَمَضَى الغَدُ وَلا يُدْرَى أَدَخَلَ أَمْ لا عَتَقَ النِّصْفُ وَسَعَى لَهُمَا فِي النِّصْفِ الآخَرِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَسْعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ) لِأَنَّ المُقْضَى عَلَيْهِ بِسُقُوطِ السِّعَايَةِ مَجْهُولٌ، وَلا يُمْكِنُ القَضَاءُ عَلَى المَجْهُولِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ لَك عَلَى أَحَدِنَا أَلْفُ دِرْهَمٍ فَإِنَّهُ لا يَقْضِي

قوله: فَمَضَى الغَدُ وَلا يُدْرَى أَدَخَلَ أَمْ لا، وقال كل واحد منهما: حنث صاحبي، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله يسعى لهما في نصف قيمته موسرين كانا أو معسرين، أو كان أحدها موسرًا والآخر معسرًا؛ لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء، وعند أبي يوسف رحمه الله إن كانا معسرين فكذلك، وإن كانا موسرين لم يسع لواحدٍ منهما في شيء؛ لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه، فإن يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى له في رُبع قيمته للموسر منهما؛ لأن المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأُ من سعاية العبد فتسقط حصته عنه، والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته، وعلى قول محمد رحمه الله إن كانا معسرين تسعى في جميع قيمته بينهما نصفين، وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيءٍ، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا سعى في نصف قيمته للموسر منهما؛ لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده يمنع وجوب السعاية، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

وبهذا يعلم أن ما ذكر في الكتاب: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَسْعَى فِي جَمِيعِ قِيمَتِهِ - أي: إذا كانا معسرين - لِأَنَّ المُقْضَى عَلَيْهِ بِسُقُوطِ - حقه في - السِّعَايَةِ - وهو الحانث منهما - مَجْهُولٌ، والقضاء على المجهول لا يجوز.

وهو نظير ما لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق في عبد مشترك بينهما، فإنه

بِشَيْءٍ لِلْجَهَالَةِ، كَذَا هَذَا، وَلَهُمَا أَنَّا تَيَقَّنَّا بِسُقُوطِ نِصْفِ السِّعَايَةِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا حَانِثٌ بِيَقِينٍ، وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَى بِوُجُوبِ الكُلِّ، وَالجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ، كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ لا بِعَيْنِهِ أَوْ بِعَيْنِهِ وَنَسِيَهُ وَمَاتَ قَبْلَ التَّذَكُّرِ أَوِ البَيَانِ، وَيَتَأَتَّى التَّفْرِيعُ فِيهِ عَلَى أَنَّ اليَسَارَ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ أَوْ لا يَمْنَعُهَا عَلَى الِاخْتِلَافِ الَّذِي سَبَقَ. (وَلَوْ حَلَفَا عَلَى عَبْدَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ

يسعى لهما في جميع القيمة لجهالة المقضى عليه بسقوط السعاية على ما مرَّ آنفـًا، فكذلك هاهُنا.

قوله: وَمَعَ التَّيَقُّنِ بِسُقُوطِ النِّصْفِ كَيْفَ يُقْضَى بِوُجُوبِ الكُلِّ، وبه فارق الشهادة بالعتق، فهناك لم تيقن بسقوط شيءٍ من السعاية عن العبد، لجواز أن يكون كل واحد منهما كاذبـًا فيما يشهد به على صاحبه.

ونظيره جارية في يدي رجل زعم أنه نكحها بإذن مولاها ومولاها يزعم أنه باعها منه، لا يحل له وطئها وإن اتفقا على حلها، نظرًا إلى ما يدعيه كل واحد منهما، لكن احتمال الكذب في دعوى كل واحد منهما ثابت فلا يثبت الحل.

وأمَّا في مسألتنا تيقَّنا بسقوط نصف السعاية عن العبد على ما ذكرنا، فلمَّا سقط النصف وزع عليهما دفعـًا للجهالة بقدر الإمكان، وهو معنى قوله في الكتاب: وَالجَهَالَةُ تَرْتَفِعُ بِالشُّيُوعِ وَالتَّوْزِيعِ.

فإن قيل: في التوزيع فساد أيضـًا، وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابُها للعتق.

قلنا: نعم لكن بطريق الضرورة، فإنا لو لم نقل بالتوزيع، وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد، كان فيه إبطال حق العبد من كل وجهٍ، ولو قلنا بالتوزيع كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجهٍ، فكان التوزيع أَوْلَى.

قوله: وَلَوْ حَلَفَا عَلَى عَبْدَيْنِ، وكل واحد من العبدين لأحدهما، فقال أحدهما: إن دخل فلان الدار غدًا فعبدي هذا حرٌّ، وقال الآخر: إن لم يدخل فعبدي هذا حرٌّ، فمضى الغد

لَمْ يَعْتِقْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ المَقْضِيَّ عَلَيْهِ بِالعِتْقِ مَجْهُولٌ، وَكَذَلِكَ المَقْضِيُّ لَهُ فَتَفَاحَشَتِ الجَهَالَةُ فَامْتَنَعَ القَضَاءُ، وَفِي العَبْدِ الوَاحِدِ المَقْضِيِّ لَهُ وَالمَقْضِيِّ بِهِ مَعْلُومٌ فَغَلَبَ المَعْلُومُ المَجْهُولَ.

(وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلَانِ ابْنَ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الأَبِ) لِأَنَّهُ مَلَكَ شِقْصَ قَرِيبِهِ

ولا يدري دخل أم لا، لم يعتق واحد منهما؛ لأن عتقَ كل واحد منهما مشكوك فيه غير متيقن به، فتمكنت الجهالة في موضعين: في المعتِق والمعتَق، فيترجح جانب الجهالة على جانب العلم فتعذر القضاء، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمَّة المقضيَّ له بسقوط نصف السعاية معلوم وهو العبد، والمقضيَّ به معلوم وهو نصف السعاية، والمجهول واحد وهو الحانث، فترجح جانب العلم على جانب الجهالة فتوزع.

ثم في مسألة العبدين إذا اشتراهما رجل جاز، وإن كان عالماً بحنث أحد البائعين؛ لأن كل واحدٍ منهما يزعم أنه يبيع العبد، وزعم المشتري قبل دخول العبد في ملكه غير معتبر، كما لو أقرَّ بحرية عبدٍ ومولاه ينكر، ثمَّ اشتراه صحَّ، وإذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما؛ لأن زعمه معتبر الآن لحصولهما في ملكه، ويُؤمر بالبيان؛ لأن المقضيَّ عليه معلوم.

وكذا لو أقرَّ بإعتاق البائع ثم ملكه عتق عليه بإقراره، ولو قال: عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم، ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت؛ لأن باليمين الأولى صار مقرًّا بوجود شرط الطلاق، وباليمين الثانية صار مقرًّا بوجود شرط العتق، وقيل لم يعتق ولم تطلق؛ لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكل واحدٍ من الشرطين دائرٌ بين الوجود والعدم، فلا يترك الجزاء بالشك.

وعن أبي يوسف رحمه الله: يعتق ولا تطلق؛ لأن باليمين الثانية صار مقرًّا بنزول العتق، ولم يوجد بعد الثانية ما يوجبُ إقراره بنزول الطلاق، كذا ذكره الإمام شمس الأئمَّة، وقاضي خان، والتمرتاشي، وصاحب «الفوائد» رحمهم الله تعالى.

قوله: عَتَقَ نَصِيبُهُ، أي: زال ملكه عن حصته؛ لما أنه لا يثبت شيء من العتق عند أبي حنيفة

وَشِرَاؤُهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) عَلِمَ الآخَرُ أَنَّهُ ابْنُ شَرِيكِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ (وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، وَالشَّرِيكُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: فِي الشِّرَاءِ يَضْمَنُ الأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى الِابْنُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافُ إِذَا مَلَكَا، بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَاهُ رَجُلَانِ وَأَحَدُهُمَا قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِهِ إِنِ اشْتَرَى نِصْفَهُ، لَهُمَا أَنَّهُ أَبْطَلَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالإِعْتَاقِ لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ أَجْنَبِيَّيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ

رضي الله عنه بإعتاق البعض.

قوله: وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، أي: لا ضمان على الأب سواءٌ علم الشريك أو لم يعلم.

قوله: وَكَذَا إِذَا وَرِثَاهُ، صورته: امرأة اشترت ابن زوجها ثمَّ ماتت المرأة عن أخ وزوج، كان النصف للزوج يعتق عليه، أو كان لرجلين ابن عم وله جارية، فتزوَّجها أحدهما فولدت ولدًا، ثمَّ مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الأب، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام، وهو ابن زوجها، فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثًا بين زوجها وأبيها، ثم في صورة الإرث فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يلزمه الضمان؛ لأنه دخل في ملكه بغير فعله، فلم يوجد منه إتلاف فلا يلزمه الضمان، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: وَقَالَا: فِي الشِّرَاءِ يَضْمَنُ الأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ، إنما قيَّد بالشراء لما ذكرنا أنه لا يضمن في الإرث بالاتفاق.

قوله: وَأَحَدُهُمَا قَدْ حَلَفَ بِعِتْقِهِ إِنِ اشْتَرَى نِصْفَهُ، وإنما قيَّد بالنصف؛ لأنه إذا حلفَ بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق؛ لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ؛ لأنه شاركه في علة العتق، أي: في علة علة العتق وهي الشراء، فإن الشرى علة التملُّك، والتملك في القريب علة العتق، فالحكم يُضاف إلى علة

بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يُضَمِّنُهُ، كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، وَدَلَالَةُ ذَلِكَ

العلة كما يُضاف إلى العلة؛ لما عُرف في قود الدابة وسوقها.

قوله: كَمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ بِإِعْتَاقِ نَصِيبِهِ صَرِيحًا، بأن قال: أعتق نصيبي، فأعتقَ نصيبه.

فإن قلتَ: لا بل قبول كل واحدٍ من المشتريين شرط لصحة قبول الآخر، فإن البائع إذا أوْجَب البيع من الرجلين، فقبل أحدهما دون الآخر لا يصح الإيجاب في حق القابل أيضـاً؛ لأن قبول الآخر لم يوجد، وهو شرط صحة قبول القابل.

ثمَّ مباشرة الشريك شرط العتق لا تسقط حقه في الضمان، كما لو قال أحد الشريكين لصاحبه: إن ضربتَه سوطـاً فهو حرٌّ، فضربه صاحبه يجب الضمان على الحالف، كما لو أعتقَ نصيبه ابتداءً، ولم يسقط هناك مباشرة الشريك شرطَ العتق الضمانَ عن الحالف، فينبغي أن لا يسقط الضمان عن الشريك المشتري أيضـاً.

قلتُ: إن شراء القريب إعتاق بواسطة الملك، والمشتريان صارا في هذا الشراء كشخص واحد؛ لاتحاد الإيجاب من البائع، فلمَّا كان كذلك فقد تحققت المشاركة في العلة، إلا أن المشاركة في هذا السبب يكون إعتاقـاً في حق من يتم له علة العتق، لا في حق من لا يتم له علة العتق، وإنما يتمُّ علة العتق في حق القريب بِهذا القبول، فكان هو المعتق دون شريكه، ولكنه لم يضمن شريكه لوجود المشاركة معه في علته، فكان قبول كل واحد منهما جُزء العلة لا شرطها.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأن الشرع جعل البيع علةً واحدةً وهو لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، والعلة الواحدة لا يحتمل التقسيم ليحصل حكمها منقسمـاً عليها، أو يجعل بعضها علةً وبعضها شرطـاً، بل إيجابهما جميعـاً مع قبولهما علة واحدة للزوال والدخول جميعـاً.

ثم الحكم ينقسم عليها بحكم المزاحمة، فيصير هذا مملكـاً وهذا متملكـاً، وإذا قبل أحد المشتركين وحده لم يصح؛ لأنه إذا انفرد فهو غيره إذا انضمَّ إلى قبول شريكه، كالطلقة غير الطلقة من الطلقتين على قول أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا قال لها: طلقي نفسك واحدةً، فقالت: طلقتُ نفسي ثلاثـاً لم يقع عنده، بخلاف ما إذا قال: إن ضربته سوطـاً فهو حرٌّ؛ لأن

أَنَّهُ شَارَكَهُ فِيمَا هُوَ عِلَّةُ العِتْقِ وَهُوَ الشِّرَاءُ لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ عَنْ عُهْدَةِ الكَفَّارَةِ عِنْدَنَا، وَهَذَا ضَمَانُ إِفْسَادٍ فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا حَتَّى يَخْتَلِفَ

سبب العتق هناك قوله: أنت حرٌّ، وقد تفرَّد به الحالف، فالضارب لا يكون مشاركاً له في سبب العتق، ولا راضياً بأصل السبب بمجرَّد مباشرة الشرط، فلهذا لا يسقط حقه في التضمين.

فإن قلتَ: يشكل على هذا مسألة الفرار، فإن الزوج إذا علق الطلاق بفعلها الذي لها منه بدٌّ ففعلت تكون راضيةً بحكم الشرط، لرضاها بمباشرة الشرط فلا ترث، فعُلِم بهذا أن الرضاء بالشرط رضاءٌ بحكم المشروط.

قلتُ: حكم الفرار ثبت في أصله بشبهة العدوان، ألا ترى أن الزوج إذا علق الثلاث بفعله في صحته، ثم فعله وهو مريض يصير فارًّا بمباشرة الشرط، وأنه شبهة عدوان لا حقيقة له، فلما ثبت الفرار بشبهة العدوان بطل أيضاً بمعارضة شبهة الرضاء بفعل الشرط، وهذا الضمان واجبٌ بحقيقة العدوان، وهو ضمان الإتلاف عندهما، وضمان الحيلولة والغصب وقطع اليد عند أبي حنيفة رحمه الله، فلم يبطل إلا بحقيقة الرضاء صريحاً، أو بمباشرة العلة دون الشرط، إلى هذا أشار شمس الأئمة، وفخر الإسلام رحمهما الله.

قوله: لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ حَتَّى يَخْرُجَ بِهِ عَنْ عُهْدَةِ الكَفَّارَةِ، بخلاف الإرث فإنه عتق لا إعتاق، حتى لا يخرج به عن الكفارة.

قوله: وَهذَا ضَمَانُ إِفْسَادٍ، اعلم أن الضمان في باب العتق ضمانات:

الأول: ضمان التملك وهو ضمان الاستيلاد؛ لأن الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق، حتى تحقق من غير عتق في المنكوحة، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق، وهو غير موضوع له فجعلناه ضمان تملك، ثمَّ ضمان التملك لا يسقط بالرضاء إذا لم يكن الرضاء مصرحاً به، حتى لو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانُها، وأثر ضمان التملك أيضاً هو أنه لا يختلف حكمه باليسار والإعسار.

والثاني: ضمان الإتلاف، ويقال له أيضاً: ضمان الجناية، وهو ضمان الإعتاق، فعن أبي يوسف رحمه الله في روايةٍ أن ضمان الإعتاق أيضاً ضمان تملك، حتى لا يسقط حق

بِالْيَسَارِ وَالإِعْسَارِ فَيَسْقُطَ بِالرِّضَا، وَلا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ لِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى السَّبَبِ، كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: كُلْ هَذَا الطَّعَامَ وَهُوَ مَمْلُوكٌ لِلْآمِرِ وَلا يَعْلَمُ الآمِرُ بِمِلْكِهِ.

الشريك في التضمين بإلاذن.

وأمَّا ظاهر الرواية من أصحابنا فإن هذا الضمان سببه الإفساد والإتلاف، فكان ضمان الإتلاف فيختلف حكمه باليسار والإعسار بالنصِّ، بخلاف القياس على ماذكرنا، فيسقط بإلاذن كضمان الإتلاف الحقيقي، بل أَوْلَى؛ لأن هذا الضمان يسقط بالإعسار، بخلاف ضمان الإتلاف الحقيقي.

وأمَّا ضمان التدبير فهو أيضاً ضمان التملك كالاستيلاد في ظاهر الرواية؛ لأنه يملك كسبه وخدمته، فصار وجوب الضمان بمقابلة البدل، فيستوي فيه الموسر والمعسر كما في الاستيلاد، هذا كله من «المبسوطين»، و«الفوائد الظهيريَّة».

ويظهر أثر هذه الأحكام في المسألة التي تلي هذه المسألة، وقيَّد بقوله: فِي ظَاهِرِ قَوْلِهِمَا؛ لأنه رُويَ عن أبي يوسف رحمه الله أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار.

قوله: وَلَا يَخْتَلِفُ الجَوَابُ بَيْنَ العِلْمِ وَعَدَمِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ عَنْهُ، أي: عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وإنما قيَّد بظاهر الرواية عنه؛ لما روى الحسن بن زياد أنه فصَّل بين ما إذا كان الشريك عالماً بالقرابة، وبين ما إذا لم يكن عالماً بها في حكم الضمان؛ لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً به، وفي ظاهر الرواية لا فرقَ بينهما؛ لأن المسقط لحقه في الضمان مشاركته في السبب، أي: العلة، وذلك لا يختلف بعلمه وجهله.

ثم هو بِهذه المشاركة مباشر سبب إسقاط حقه في الضمان، فلا يختلف ذلك بعلمه وجهله، بمنزلة الغاصب إذا أطعم المغصوبَ للمغصوب منه، فتناوله وهو لا يعلم أنه طعامه لا يكون له أن يضمّن الغاصب شيئاً، كذا ذكره شمس الأئمَّة السرخسي في «الجامع الصغير».

وأمَّا ما ذكره في الكتاب من الأمر بأكل الطعام، فالطعامُ طعام الآمر، والآمر لا يعلم

(وَإِنْ بَدَأَ الأَجْنَبِيُّ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ نِصْفَهُ الآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ فَالأَجْنَبِيُّ بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الأَبَ) لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الِابْنَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ) لِاحْتِبَاسِ مَالِيَّتِهِ عِنْدَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ لا يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُ، وَقَالا: لا خِيَارَ لَهُ وَيَضْمَنُ الأَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِأَنَّ يَسَارَ المُعْتِقِ يَمْنَعُ السِّعَايَةَ عِنْدَهُمَا.

(وَمَنِ اشْتَرَى نِصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: يَضْمَنُ إذَا كَانَ مُوسِرًا) وَمَعْنَاهُ إذَا اشْتَرَى نِصْفَهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ فَلَا يَضْمَنُ لِبَائِعِهِ شَيْئًا عِنْدَهُ، وَالوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ. (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُمْ وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ فَأَرَادُوا الضَّمَانَ فَلِلسَّاكِتِ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ

أن هذا الطعام طعامه فقال لغيره: كل، فأكله المخاطب فليس للآذن وهو الآمر المالكُ أن يضمن الآكل شيئاً، وإن لم يعلم أنه له بل إنَّما أمره على ظن أنه ليس له، وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله هذا النظير في «المبسوط».

وما ذكرته من أن الطعام طعام المأمور في «الجامع الصغير»، وكلاهما مستقيم في كونه نظيرًا لمسألتنا في أن الرضاء بالسبب رضاء بحكمه وإن لم يعلم جهة حكمه.

قوله: وَمَعْنَاهُ إذَا اشْتَرَى نِصْفَهُ مِمَّنْ يَمْلِكُ كُلَّهُ، وإنما قيَّد به؛ لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه يضمن للساكت بالإجماع.

وقد ذكره وهو **قوله**: وَإِنْ بَدَأَ الأَجْنَبِيُّ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ نِصْفَهُ الآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ، إلى آخره.

قوله: وَالوَجْهُ قَدْ ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى **قوله**: لَهُمَا أَنَّهُ أَبْطَلَ، **وقوله**: وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ.

قوله: فَأَرَادُوا الضَّمَانَ، هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع؛ لما أن المعتق

ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنًّا وَلا يُضَمِّنَ المُعْتِقَ، وَلِلْمُدَبِّرِ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا وَلا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الَّذِي ضَمِنَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا العَبْدُ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَيَضْمَنُ ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيْهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ خِلَافًا لَهُمَا كَالإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ شُعْبَةٌ مِنْ شُعَبِهِ فَيَكُونُ مُعْتَبَرًا بِهِ، وَلَمَّا كَانَ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُ اقْتَصَرَ عَلَى نَصِيبِهِ، وَقَدْ أَفْسَدَ بِالتَّدْبِيرِ نَصِيبَ الآخَرَيْنِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ أَوْ يُعْتِقَ أَوْ يُكَاتِبَ أَوْ يُضَمِّنَ

لا يريد الضمان أصلًا، والمريد للضمان هو الساكت والمدبر لا المعتق، لتعذر الجمع شرعًا بين كونه معتقًا ومضمنًا غيره.

قوله: وَلا يُضَمِّنَهُ الثُّلُثَ الَّذِي ضَمِنَ، أي: لا يضمن المدبرُ المعتقَ ثلث القن الذي ملكه المدبر بأداء الضمان إلى الساكت؛ لأنه لمَّا ضمَّن الساكت المدبرَ كان المدبرُ مالكًا نصيب الساكت، فلا يضمن المدبِّرُ المعتقَ هذا الثلث، بل يضمن المدبِّرُ المعتقَ ثلث قيمة العبد مدبَّرًا، للمعنى الذي يذكر بعدُ، بيان هذا: أن قيمة العبد لو كانت سبعة وعشرين دينارًا مثلًا، فإن الساكت يضمن المدبر تسعة، والمدبر يضمن المعتق ستةً؛ وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن؛ لما يذكر، فبالتدبير تلفت منه تسعة، فكان الإتلاف بالإعتاق واقعًا على قيمة المدبر، وهي ثلثا قيمة القنِّ، وهو ثمانية عشر، وثلث ثمانية عشر ستَّة، فيضمن المدبرُ المعتقَ تلك الستة فقط، ولا يضمنه التسعة التي هيَ نصيب الساكت مع تلك الستة التى تضمنه إيَّاها.

قوله: وَقَدْ أَفْسَدَ بِالتَّدْبِيرِ نَصِيبَ الآخَرَيْنِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيبَهُ، إلى آخره، فكان كل واحد منهما مختارًا بين ستَّة أشياء على ما ذكر في الكتاب.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: بأنه ثبتَ لكل واحدٍ منهما خمس خيارات، ولم يذكر **قوله:** أَوْ يَتْرُكَهُ عَلَى حَالِهِ، ثم قال: وقولنا له خمس خياراتٍ، أي: يصح منه هذه التصرفات، أمَّا لا يؤذن بالإعتاق والاستسعاء؛ لأن فيه إفساد نصيب المدبر؛ لأن المدبر كان

الْمُدَبَّرَ أَوْ يَسْتَسْعِيَ الْعَبْدَ أَوْ يَتْرُكَهُ عَلَى حَالِهِ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ فَاسِدٌ بِإِفْسَادِ شَرِيكِهِ حَيْثُ سَدَّ عَلَيْهِ طُرُقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ بَيْعًا وَهِبَةً عَلَى مَا مَرَّ، فَإِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا الْعِتْقَ تَعَيَّنَ حَقُّهُ فِيهِ وَسَقَطَ اخْتِيَارُهُ غَيْرَهُ فَتَوَجَّهَ لِلسَّاكِتِ سَبَبُ ضَمَانٍ تَدْبِيرِ الْمُدَبَّرِ وَإِعْتَاقِ هَذَا الْمُعْتِقِ، غَيْرَ أَنَّ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُدَبِّرَ لِيَكُونَ الضَّمَانُ ضَمَانَ

متمكناً من استيفاء نصيبه على ملكه إلى وقت الموت، وبعد الإعتاق والاستسعاء لا يتمكن.

قوله: لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ - أي: لأن نصيب كل واحد منهما باقٍ على ملك كل واحد منهما - فَاسِدٌ بِإِفْسَادِ شَرِيكِهِ - أي: بإفساد شريك كل واحدٍ منهما وهو المدبر - حَيْثُ سَدَّ - المدبر على كل واحد منهما - طُرُقَ الِانْتِفَاعِ - بذلك العبد - بَيْعًا وَهِبَةً.

قوله: عَلَى مَا مَرَّ، إشارةٌ إلى قوله: لِأَنَّ الْمُعْتِقَ جَانٍ عَلَيْهِ بِإِفْسَادِهِ نَصِيبَهُ حَيْثُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ وَالْهِبَةُ، إلى آخره، ذكره في المسألة الأولى من هذا الفصل.

قوله: سَبَبُ ضَمَانٍ تَدْبِيرِ الْمُدَبِّرِ وَإِعْتَاقِ هذَا الْمُعْتِقِ، أي: تدبير المدبر سبب الضمان، وكذلك إعتاق المعتق أيضاً سبب الضمان، وكل واحدٍ منهما متعدٍ في حق الساكت، إلا أن للساكت ولاية تضمين المدبر دون المعتق للأصل الذي ذُكر في الكتاب، وهو أن الأصل في الضمانات أن يكون الضمان ضمان معاوضة، وهذا إنما يتحقق في تضمين المدبر لا في تضمين المعتق.

وإنما قلنا: أن الأصل في الضمان ضمان معاوضة، ألا ترى أن الملكَ للغاصب يثبت بطريق المعاوضة على أصلنا، وإن كان هو في ابتدائه عدواناً محضاً جرياً على الأصل المعهود، وهو أن يكون الضمان ضمان معاوضة.

والدليل أيضاً على أن ضمان الغصب ضمان معاوضة، أنه إذا غصب عبدًا وأبق العبد من يد الغاصب، وقضى القاضي على الغاصب بالقيمة، ثم عاد العبد فللغاصب أن يبيع العبدَ مرابحةً على القيمة التي أداها إلى مالكه، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، والمسألة في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

مُعَاوَضَةٍ إِذْ هُوَ الأَصْلُ حَتَّى جُعِلَ الغَصْبُ ضَمَانَ مُعَاوَضَةٍ عَلَى أَصْلِنَا، وَأَمْكَنَ ذَلِكَ فِي التَّدْبِيرِ لِكَوْنِهِ قَابِلًا لِلنَّقْلِ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ وَقْتَ التَّدْبِيرِ، وَلا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِي الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ مُكَاتَبٌ أَوْ حُرٌّ عَلَى اخْتِلَافِ الأَصْلَيْنِ، وَلا بُدَّ مِنْ رِضَا المُكَاتِبِ بِفَسْخِهِ حَتَّى يَقْبَلَ الِانْتِقَالَ فَلِهَذَا يَضْمَنُ المُدَبِّرُ، ثُمَّ لِلْمُدَبِّرِ أَنْ يُضَمِّنَ

وكذلك الأصل في ضمان المدبر وهو ضمان معاوضة، ألا ترى أن من غصب مدبرًا واكتسب عند الغاصب كسباً، ثم أبق فلم يرجع عن إباقه حتى ماتَ كان ذلك الكسب للغاصب، والمسألة في آخر باب النهي من «أصول الفقه» لشمس الأئمَّة السرخسي.

وإنما يكون له الكسب إذا كان المدبر ملكاً للغاصب عند أداء الضمان، فلمَّا اعتبر ضمان المعاوضة في ضمان المدبر، مع أن المدبر غير قابل للنقل لإجراء الأصل المعهود وهو ضمان المعاوضة، فلأَن نقول ضمان المدبر هاهُنا وهو تدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة أوْلَى.

وذكر الإمام الكشانِي رحمه الله في أن ضمان الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهي أن إقرار المأذون يصح مطلقاً وإن احتمل إقراره جهة الغصب، وكذلك لو صرَّح في إقراره بالغصب بأن قال: غصبتُ من فلان كذا، يصحُّ أيضاً، مع أن الإقرار بضمان الإتلاف مؤخر إلى ما بعد العتق، وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب وهو عدوان، ففي الإعتاق وهو مشروع أوْلَى، فلا يترك هذا الأصل إلى ضمان الجناية إلا لضرورة العجز، وحين دبَّر الأولُ كان نصيب الساكت محتملًا للتملك، فانعقد سبب الضمان موجباً للملك في المضمون، ثمَّ بعد التدبير لا يتحمل النقل إلى ملك غير المدبر، فلمَّا أعتق الثانِي لم ينعقد ذلك للضمان بشرط ملك المضمون؛ لأن نصيب الساكت يوم أعتق لم يكن محلًّا له، فلو لزم على المعتق ضمان للساكت لوجبَ من غير ملك المضمون، فيصيرُ خالص ضمان العدوان، وذلك باطلٌ إلا عند الضرورة، ولا ضرورة هاهُنا لإمكان تضمين المدبر.

قوله: لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ، أي: عند الإعتاق.

الْمُعْتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّهُ أَفْسَدَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ مُدَبَّرًا، وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيمَةِ الْمُتْلَفِ، وَقِيمَةُ الْمُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا عَلَى مَا قَالُوا، وَلَا يُضَمِّنُهُ قِيمَةَ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ

قوله: وَقِيمَةُ الْمُدَبَّرِ ثُلُثَا قِيمَتِهِ قِنًّا، كذا ذكره القاضي الإمام عليٌّ السغديّ رحمه الله؛ لأن منفعة الوطء والسعاية باقية، ومنفعة البيع زائلة، وقيمة أم الولد ثلث قيمة القن.

قوله: عَلَى مَا قَالُوا، إشارة إلى أن فيه اختلافاً.

وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في قيمة المدبر اختلاف المشايخ، قال بعضهم: نصفُ قيمة القن؛ لأن قبل التدبير كان له فيه نوعا منفعة: منفعةُ البيع وما شاكله، ومنفعةُ الإجارة وما شاكلها، وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخرُ، وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة، ينظر بكم يستخدم هو مدَّة عمره من حيث الحزر والظنِّ، وما قاله شيخ الإسلام أصح، وعليه الفتوى، كذا في «التتمَّة».

وقيمة أمِّ الولد ثلث قيمة القن؛ لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا فبقي ملك الإعتاق، وقيمة المكاتب نصف قيمة القنِّ؛ لأن المكاتب حرٌّ يدًا وبقيت الرقبة، والقن مملوك يدًا ورقبة، فكان المكاتب نصف القن.

قوله: وَلَا يُضَمِّنُهُ - أي: لا يضمن المدبر المعتق - قِيمَةَ مَا مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ، يعني: لمَّا أدى المدبرُ إلى الساكت ضمان نصيب الساكت، وهو ثلث قيمته قنًّا، ملك المدبر نصيبَ الساكت، واجتمع ثلثا العبد في ملك المدبر، ثمَّ للمدبر أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبرًا؛ لأن نصيبَه بعد التدبير كان منتفعاً من الوجه الذي ذكرنا، وقد فسد بالإعتاق فيضمنُ، كمن غصبَ مدبرًا فأبق منه يضمن قيمته مدبرًا، كذلك هاهُنا.

وإنما يضمن المعتق للمدبر قيمته مُدبَّرًا؛ لأن نقصان التدبير كان حاصلًا قبل الإعتاق، وليس للمدبر أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين:

أحدهما: أنه ملك المضمون مستندًا، والمستند ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، فلا يظهر ثبوت الملك في حق المعتق.

مِنْ جِهَةِ السَّاكِتِ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، فَلَا

والثانِي: أنه لمَّا انتقلَ نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبرُ مقام الساكت في ذلك الثلث، والساكت كان لا يملك تضمين المعتق، فكذلك من قام مقامه، وللمدبر أن يستسعى العبد في ذلك الثلث؛ لأن الساكت كان يملك الاستسعاء فكذا من يقام مقامه، وإذا ماتَ المدبر عتق العبد وكان ولاؤه بين المعتق وبين عصبة المدبر أثلاثـًا، ثلثاه لعصبة المدبر وثلثه للمعتق؛ لأنه عتق عليهما أثلاثـًا، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: لِأَنَّ مِلْكَهُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، أي: ثابت من وجه من حيث أنه ملك نصيب الساكت بالضمان، وليس بثابت من وجه من حيث أنه لم يكن له مالكـًا حالة التدبير، فإذا كان كذلك لم يظهر في حق الثالث بالتضمين.

فإن قيل: يشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر، يؤدي المعتق الضمان، ثمَّ يرجع على العبد بما ضمن للساكت، مع أن العبد ثالثهما.

قلنا: المعتقُ بأداء الضمان قامَ مقام الشريك، وللشريك ولاية استسعاء العبد فكذا للمعتق.

أمَّا هاهُنا المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان إلى الساكت، وليس للساكت ولاية تضمين المعتق؛ لما ذكرنا من تعيّن تضمين المدبر، لكون ذلك التضمين تضمين معاوضة وهو الأصل، فكذا ليس للمدبر أن يضمن المعتق ما ملك من نصيب الساكت.

قلتُ: والدليل على عدم تضمين المدبر المعتق ما ملك من نصيب الساكت باعتبار أنه ثابت له من وجه دون وجه، حتى أن تملكه ذلك النصيب لو كان ثابتـًا له من كل وجه كان له أن يضمن المعتق، وهو ما إذا كان إعتاقه بعد أداء المدبر قيمة نصيب الساكت إلى الساكت، فحينئذٍ كان هو نظير إعتاق أحد الشريكين، حيث يرجع على العبد بالاستسعاء إذا أدَّى نصيب الساكت.

فإنه ذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولو ضمَّن الساكتُ المدبرَ نصيبَه، ثمَّ أعتقه الثانِي كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثي قيمته مدبرًا وثلثه قنًّا؛ لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت، فله تضمين كل ثلث بصفته.

يَظْهَرُ فِي حَقِّ التَّضْمِينِ، وَالوَلَاءُ بَيْنَ المُعْتِقِ وَالمُدَبِّرِ أَثْلَاثًا ثُلُثَاهُ لِلْمُدَبِّرِ وَالثُّلُثُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ العَبْدَ عَتَقَ عَلَى مِلْكِهِمَا عَلَى هَذَا المِقْدَارِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّدْبِيرُ مُتَجَزِّئًا عِنْدَهُمَا صَارَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لِلْمُدَبِّرِ وَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ لِمَا بَيَّنَّا فَيَضْمَنُهُ، وَلَا

قوله: وَالوَلَاءُ بَيْنَ المُعْتِقِ وَالمُدَبِّرِ أَثْلَاثًا، أي: بين عصبة المدبر والمعتق؛ لأنه إنَّما يعتق إذا مات المدبر على ما ذكرنا من رواية قاضي خان.

قوله: لِأَنَّ العَبْدَ عَتَقَ عَلَى مِلْكِهِمَا عَلَى هذَا المِقْدَارِ، فإن المدبر ملك ثلثيه، أحد الثلثين ما ملكه من نصيب الساكت بأداء الضمان، والثلث الثاني نصيبه.

فإن قيل: أداء الضمان لو كان مثبتـًا ملك نصيب الآخر، فالمعتق أيضـًا أدَّى الضمان إلى المدبر ثلث قيمته مدبرًا، فينبغي أن يثبت له ثلثا الولاء أيضـًا بهذا الطريق.

قلنا: إن ضمان المعتق إلى المدبر هو ضمان إفساد وإتلاف، لا ضمان معاوضة وتملك؛ لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك، فلم يملك المعتق شيئـًا مقابلة أدائه الضمانَ، وأمَّا المدبرُ فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندًا إلى وقت التدبير؛ لأنه كان في ذلك الوقت قابلًا للنقل، فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء بطريق الاستناد، فيثبت له ثلثا الولاءِ وللمعتق الثلث؛ لما أنَّ نصيب الساكت بعد ما انتقلَ إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق.

وكذلك نصيب المدبر أيضـًا بعد ما دبَّره لا ينتقل إلى المعتق، وإن أدى المعتقُ الضمانَ إلى المدبر؛ لما أن ذلك الضمان ضمانُ إفساد لا ضمانُ تملك، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّدْبِيرُ مُتَجَزِّئًا، إلى آخره، يعني ما ذكرنا إلى هاهُنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله، وأمَّا عِنْدَهُمَا فَكُلُّهُ مُدَبَّرٌ لِلْمُدَبِّرِ؛ لأن التدبير جزء من الحرية فلا يتبعَّض عندهما.

قوله: وَيَضْمَنُ ثُلُثَيْ قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيْهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لأن ضمان التدبير ضمان تملك؛ لأنه لا يملك كسبه وخدمته، فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاد، كذا

يَخْتَلِفُ بِاليَسَارِ وَالإِعْسَارِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَأَشْبَهَ الاِسْتِيلَادَ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، وَالوَلَاءُ كُلُّهُ لِلْمُدَبِّرِ وَهَذَا ظَاهِرٌ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ زَعَمَ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِصَاحِبِهِ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الآخَرُ فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا وَيَوْمًا تَخْدُمُ المُنْكِرَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ المُنْكِرُ اسْتَسْعَى الجَارِيَةَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا ثُمَّ تَكُونُ حُرَّةً لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا) لَهُمَا

ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ جِنَايَةٍ، يعني: لمَّا كان ضمان جناية اختلف بين اليسار والإعسار، بخلاف ضمان التملك.

فإن قلتَ: من أيِّ وجه ثبتَ أن ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار، فكم من ضمان جناية لم يختلف بِهما كما لو كسر جرَّة إنسان مثلًا، أو قارورته، أو أتلف ملكًا من أملاكه حيث يجبُ عليه ضمانه وهو ضمان جناية، سواء كان موسرًا أو معسرًا.

قلتُ: قد ذكرت أن المراد من هذه الضمانات هي الضمان الذي يتعلق بباب الإعتاق، فكانت الجناية والتملك راجعين إليه، ثم ضمان الجناية التي تتعلق بباب الإعتاق اختلف حكمه باليسار والإعسار بالنصّ، بخلاف القياس وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه: «إن كان غنيًّا ضمن، وإن كان فقيرًا سعى العبد في حصة الآخر»، فلا يُقاس عليه غيره؛ لأن من شرط صحة القياس أن يكون النص موافقًا للقياس.

قوله: فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ يَوْمًا، أي: يرفع عنها الخدمة يومًا ليس لها غير ذلك.

قوله: لَا سَبِيلَ عَلَيْهَا، أي: لا سبيل عليها بالاستسعاء، واختلف مشايخنا في الخدمة للمنكر، هل تخدم يومًا للمنكر عندهما، والصحيح أنَّها لا تخدم.

قوله: وَقَالَا: إِنْ شَاءَ المُنْكِرُ اسْتَسْعَى الجَارِيَةَ فِي نِصْفِ قِيمَتِهَا، ثم هي حرة، هما يقولان أن مال المنكر احتبس عند الجارية على وجه لا يملك تضمين الغير، فكان له حق

أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُصَدِّقْهُ صَاحِبُهُ انْقَلَبَ إِقْرَارُ المُقِرِّ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ اسْتَوْلَدَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ أَنَّهُ أَعْتَقَ المَبِيعَ قَبْلَ البَيْعِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ كَذَا هَذَا فَتَمْتَنِعُ الخِدْمَةُ وَنَصِيبُ المُنْكِرِ عَلَى مِلْكِهِ فِي الحُكْمِ فَتَخْرُجُ إِلَى العَتَاقِ بِالسِّعَايَةِ

الاستسعاء، كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ يخرج إلى العتق بالسعاية؛ وإنما قلنا ذلك لأن المقر لو أقرَّ على نفسه بالاستيلاد يصح، فإذا أضاف الاستيلاد إلى شخص يملك الاستيلاد، وأنكر ذلك الشخص ينفذ على المقر، كمن اشترى عبدًا ثم أقرَّ أن البائع أعتقه قبل البيع، فأنكر البائع نفذَ على المشتري.

وكذلك أحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالإعتاق وأنكر صاحبه ينفذ على المقر، وإذا نفذ إقراره عليه لم يكن للمنكر أن يستخدمها، كما لو استولدها المقر وخرجَ نصيب المقر من أن يكون منتفعـًا به ولا يمكنه تضمين المقرّ؛ لأن المقر ما أقرَّ على نفسه بالاستيلاد، وسبب الضمان بقاء مال المنكر محتبسـًا عند الجارية، ومنفعة الاحتباس تعود إليها فكان له ولاية الاستعساء، وإذا أدت نصف القيمة عتق نصفها فيعتق كلها؛ لأنه لا يتجزأ عندهما، وليس للمقر أن يستسعى الجارية؛ لأنه يدعي التملك على الشريك، أي: أن الشريك يملكها بالاستيلاد ويتبرأ عن السعاية، فلم يكن الاستسعاء له لتبرئه عنه، وليس له ولاية الاستخدام أيضـًا؛ لأنّها أم ولد الغير في زعمه.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه تيقنا بولاية الاستخدام للمنكر؛ لأن المقر إن كان صادقـًا كانت الجارية أم ولدٍ للمنكر، فكان للمنكر كل الخدمة، وإن كان كاذبًا كانت أمةً بينهما، وإذا بقيت منتفعـًا بِها في حق المنكر لم يكن للمنكر ولاية الاستسعاء، بخلاف مسألة الشهادة؛ لأن ثمَّة لو كان الشاهد صادقـًا لا يكون نصيب المنكر منتفعـًا به حقه، فلم يتيقَّن بقيام المنفعة، فإذا تعذَّر الملك ثمَّة يخرج إلى السعاية، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: انْقَلَبَ إِقْرَارُ المُقِرِّ عَلَيْهِ، أي: على المقر.

قوله: يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَ، أي: كأن المشتري أعتق.

كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المُقِرَّ لَوْ صَدَقَ كَانَتِ الخِدْمَةُ كُلُّهَا لِلْمُنْكِرِ، وَلَوْ كَذَبَ كَانَ لَهُ نِصْفُ الخِدْمَةِ فَيَثْبُتُ مَا هُوَ المُتَيَقَّنُ بِهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلا اسْتِسْعَاءَ لِأَنَّهُ يَتَبَرَّأُ عَنْ جَمِيعِ ذَلِكَ بِدَعْوَى الِاسْتِيلَادِ وَالضَّمَانِ، وَالإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ يَتَضَمَّنُ الإِقْرَارَ بِالنَّسَبِ وَهُوَ أَمْرٌ لازِمٌ لا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ المُقِرُّ كَالمُسْتَوْلِدِ.

(وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ بَيْنَهُمَا فَأَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّ مَالِيَّةَ أُمِّ الوَلَدِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ وَمُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الأَصْلِ تُبْتَنَى عِدَّةٌ مِّنَ المَسَائِلِ أَوْرَدْنَاهَا فِي كِفَايَةِ

قوله: كَأُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ إِذَا أَسْلَمَتْ، فإنَّها تخرج إلى العتق بالسعاية؛ لأنَّها لَمَّا أسلمت لم يمكن إبقاؤها تحت النصراني لإسلامها، ولا يمكن أن يعتق مجانًا لملك النصراني.

قوله: وَلا خِدْمَةَ لِلشَّرِيكِ الشَّاهِدِ وَلا اسْتِسْعَاءَ، إلى **قوله**: بِدَعْوَى الِاسْتِيلَادِ وَالضَّمَانِ، لفٌّ ونشرٌ، أي: يتبرَّأ بدعوى الاستيلاد عن الخدمة، ويتبرأ بدعوى الضمان على صاحبه المنكر عن السعاية.

قوله: وَالإِقْرَارُ بِأُمُومِيَّةِ الوَلَدِ، هذا جوابٌ عن قولهما، وهو أن صاحبه إذا أنكر انقلب على المقر، قلنا: الإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بثبوت النسب.

قوله: وَهُوَ - أي: ثبوت النسب - لا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، حتى أن الرجل إذا أقرَّ بنسب صغير لرجل، وكذبه المقر له ثم أقرَّ المقر بنسب الصغير لنفسه لا يصح؛ لما أن النسب لا يرتد بالرد.

قوله: وَإِنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ بَيْنَهُمَا، بأن ولدت جارية بين رجلين ولدًا فادعياه.

قوله: وَعَلَى هَذَا الأَصْلِ - أي: على أصل أن أم الولد لا يتقوم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يتقوم - تُبْتَنَى عِدَّةٌ مِّنَ المَسَائِلِ:

الْمُنْتَهَى، وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهَا مُنْتَفَعٌ بِهَا وَطْئًا وَإِجَارَةً وَاسْتِخْدَامًا، وَهَذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقَوُّمِ، وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لا يَسْقُطُ تَقَوُّمُهَا كَمَا فِي الْمُدَبَّرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ

منها: أنَّها إذا ماتَ أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده، وعندهما تسعى.

ومنها: أنَّها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه، ولا شيءَ لشريكه عليه من الضمان ولا السعاية على الولد عنده، وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه إن كان موسرًا، ويسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرًا.

ومنها: أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر بعد البيع، ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صحَّ، وعلى البائع أن يرد جميع الثمن، ولم يكن له أن يحبس بإزاء الأم شيئاً عنده، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن.

ومنها: إذا غصبَ أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئاً عنده، خلافاً لهما، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر محمد في «الرقيات»: أن عند أبي حنيفة رحمه الله أم الولد يضمن بالغصب على نحو ما يضمن به الصبى الحُرُّ، حتى لو ماتت حتف أنفها لم يضمن الغاصب، ولو قرَّبَها إلى مَسْبعة فافترسها السَّبع يضمن؛ لأن هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب، ألا ترى أنه يضمن الصبي الحرُّ بمثله، والذي يوضح كلام أبي حنيفة رحمه الله أن الباقي للمولى على أم ولده ملك الخدمة، والمنفعة والمتعة، وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالإتلاف ولا بالغصب، بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية، حتى يقضى دينه من ماليتها بعد موته، والمال يضمن بالإتلاف، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهذَا هُوَ دَلَالَةُ التَّقَوُّمِ؛ لأن حل الوطء عند عدم ملك النكاح لا يكون إلا بملك اليمين، فإذا بقيت المالية والمنفعة بقي التقوم كحرمة بيع المدبَّر، ولا معارض للتقوم إلا في حق الحرية، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم، كأمّ ولد النصرانِيِّ إذا أسلمت، وكولد المغرور إذا كانت الأمة أمَّ ولد، فإن المغرور يضمنُ قيمة الولد عندنا، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام ظهير الدين رحمهما الله تعالى.

إذَا أَسْلَمَتْ عَلَيْهَا السِّعَايَةُ، وَهَذَا آيَةُ التَّقَوُّمِ، غَيْرَ أَنَّ قِيمَتَهَا ثُلُثُ قِيمَتِهَا قِنَّةً عَلَى مَا قَالُوا لِفَوَاتِ مَنْفَعَةِ الْبَيْعِ وَالسِّعَايَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ لِأَنَّ الْفَائِتَ مَنْفَعَةُ الْبَيْعِ، أَمَّا السِّعَايَةُ وَالِاسْتِخْدَامُ بَاقِيَانِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ التَّقَوُّمَ بِالْإِحْرَازِ وَهِيَ مُحْرَزَةٌ لِلنَّسَبِ لَا لِلتَّقَوُّمِ وَالْإِحْرَازُ لِلتَّقَوُّمِ تَابِعٌ، وَلِهَذَا لَا تَسْعَى لِغَرِيمٍ وَلَا لِوَارِثٍ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّبَبَ فِيهَا مُتَحَقِّقٌ فِي الْحَالِ وَهُوَ الْجُزْئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ، إلَّا أَنَّهُ لَمْ يُظْهِرْ عَمَلَهُ فِي حَقِّ الْمِلْكِ ضَرُورَةَ الِانْتِفَاعِ فَعَمِلَ السَّبَبُ فِي إسْقَاطِ التَّقَوُّمِ، وَفِي الْمُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ

قوله: وَبِامْتِنَاعِ بَيْعِهَا لَا يَسْقُطُ تَقَوُّمُهَا؛ لأن بعدم جواز البيع لايفوت التقوم، كبيع الآبق لا يجوز بيعه ومع ذلك أن التقوم باق.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن التقوم بإلاحراز، ألا ترى أنَّ الصيد قبل الإحراز لا يكون مالًا متقومـًا، وبعد الإحراز يصير مالًا متقومـًا، والآدمي باعتبار الأصل ليس بمال؛ لأنه مخلوق ليكون مالكـًا للمال لا ليصير مالًا، ولكن متى صحَّ إحرازه على قصد التمول صار مالًا متقومـًا، ويثبت به ملك المنفعة تبعـًا، فإذا حصَّنها واستولدها ظهرَ أن إحرازه لها كان لملك المتعة لا لقصد التموّل، فصار في صفة المالية كأن الإحراز لم يوجد أصلًا، فلا يكون مالًا متقوّمـًا، وملك المتعة ينفصل عن ملك الماليَّة، ألا ترى أن للزوج على المنكوحة ملكُ المتعة دون ملك الماليَّة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ الْجُزْئِيَّةُ الثَّابِتَةُ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ، إلى هذا أشارَ عمر رضي الله عنه في حرمة بيعهن فقال: «كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهنَّ بلحومكم، ودماؤهن بدمائكم؟».

قوله: فَعَمِلَ السَّبَبُ، أي: سبب الحرية.

قوله: وَفِي الْمُدَبَّرِ يَنْعَقِدُ السَّبَبُ - أي: سبب الحرية - بَعْدَ الْمَوْتِ، والإشكال هاهُنا هو أنَّ التعليقات لم تنعقد سببـًا عندنا، فكيف انعقدت في حق المدبر؟ يذكر جوابه في مسائل

بَعْدَ المَوْتِ، وَامْتِنَاعُ البَيْعِ فِيهِ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِهِ فَافْتَرَقَا، وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ قَضَيْنَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ الجَانِبَيْنِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ لا يَفْتَقِرُ وُجُوبُهُ

التدبير إن شاء الله تعالى.

فلمَّا انعقد سبب الحرية في حق المدبر بعد الموت، وفي حق أم الولد في الحال ظهر الفرق بينهما، وهذا الفرق أثر في حق أم الولد بإسقاط التقوّم، وفي حق المدبر بالتقوم، ثمَّ لما ثبت بِهذه النكتة التقوم في حق المدبر وردَ عدم جواز البيع فيه شبهةً على هذا التقرير، فأجابَ عنه **بقوله:** وَامْتِنَاعُ البَيْعِ فِيهِ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْمُدَبَّرِ، لا باعتبار سقوط التقوم، بخلاف حرمة بيع أُم الولد؛ فإنَّها لسقوط التقوم؛ لتحقق سبب الحرية فيها في الحال، وهو الجزئيَّة الثابتة في الحال، فثبتَ بِهذا كله فساد ما قالا، وهو أنَّهما سويا حرمةَ بيع أم الولد وحرمةَ بيع المدبر، ثم قالا: حرمة بيع المدبر لم تدل على أن المدبر غير متقوم، فكذا حرمة بيع أم الولد أيضـًا لا تدل على أن أم الولد غير متقوّمة، قلنا: لا بل بينهما فرق وهو ما ذكرنا.

قوله: وَفِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ - جوابٌ عما قاسُوا عليها - قَضَيْنَا بِتَكَاتُبِهَا عَلَيْهِ، وهو لم يجعلها مكاتبةً، ولكن لمَّا حكمنا بأنَّها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتبة، وإنَّما فعلنا هكذا دفعـًا للضرر عن الجانبين، أمَّا في حق أم الولد فأن لا تبقى تحت النصرانِي وهي مسلمةٌ، وأمَّا في حق النصرانِي فأن لا يبطل ملكه مجانـًا، فلمَّا كانت هيَ في معنى المكاتبة كان ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يقتضي أن يكون ما يقابله متقوّمـًا؛ لأن بدل الكتابة في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوّم؛ لأن ما يقابله فكُّ الحجر؛ لأن بدل الكتابة بدلٌ لفكِّ الحجر، وفكّ الحجر غير متقوّم؛ لأنه إسقاط، فلذلك قلنا: إن تكاتبها لم يقتض تقوّم أم الولد النصرانِي، فاطرد ما قلنا، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب، والله تعالى أعلم.

وذكر في «المبسوط»: وإذا أسلمت أم ولد النصرانِي قوّمت عليه قيمة عدل فسعت في قيمتها؛ لأنه تعذَّر إبقاؤها في ملك المولى ويده بعد إسلامها وإصراره على الكفر، فتخرج إلى الحرية بالسعاية كما بيَّنا في معتق البعض؛ وهذا لأن ملك الذمي محترمٌ، فلا يمكن إزالته

إِلَى التَّقَوُّمِ.

مجاناً، وهو إشكال لهما على قول أبي حنيفة رحمه الله في أنَّ رق أم الولد مال متقومٌ، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله من وجهين:

أحدهما: أن الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك؛ لأنه يعتقد جواز بيعها، وإنما يُبنى في حقهم الحكم على اعتقادهم كما في ماليَّة الخمر.

والثانِي: أن ملكه فيها محترمٌ وإن لم يكن مالاً متقوماً، وقد احتبس عندها لمعنى من جهتها، فيكون مضموناً عليها عند الاحتباس، وإن لم يكن مالاً متقوماً كالقصاص، فإنه ليس بمال بمتقوم، ثمَّ إذا احتبس نصيبُ أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ)

(وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ دَخَلَ عَلَيْهِ اثْنَانِ فَقَالَ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ خَرَجَ وَاحِدٌ وَدَخَلَ

باب عتق أحد العبدين

تناسبَ البابان من حيث أن في كل منهما عتق بعض المملوك، غير أن في الأول بعض مملوكٍ وهو واحد، وفي هذا بعض مملوك وهو اثنان أو أكثر، فقدم الأول على هذا؛ لأن الواحد قبل الاثنين.

قوله: وَمَنْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَعْبُدٍ، إلى آخره، فالمسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه قال: أحدكما حرٌّ وبين العتق فيهما.

والثاني: أنه ماتَ بعد هذا القول قبل البيان.

والثالث: أنه ماتَ العبد قبل البيان، والمذكور هاهنا هو الذي ماتَ المولى قبل البيان، فيتعبر فيه الأحوال، والأصل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما رُوي: «أن النبي عليه الصلاة والسلام بعثَ أُناساً إلى بني خثعم للقتال، فاعتصمَ ناسٌ منهم بالسجود، فقتلهم بعض أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام، فلمَّا بلغ ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم بنصف العقل» باعتبار الأحوال؛ وذلك لأن السجود منهم كان محتملاً، يحتمل أن يكون لله تعالى فكان إسلاماً، فكان يجب عليهم بقتلهم جميع الدية، ويحتمل أن يكون لا لله لكن كان تعظيماً تقيةً من القتل على ما عليه دأبُهم في السجود تعظيماً لعظمائهم تصوناً عن شرِّهم، فباعتبار هذه الحالة لا تجبُ الدية، فلمَّا وجبت من وجهٍ ولم تجب من وجهٍ أوْجَب النصف وأسْقَط النصف، وعلى هذا

آخَرُ فَقَالَ أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ عِتْقَ مَنِ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ الْقَوْلُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ وَنِصْفُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الآخَرَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ،

مسائل أصحابنا رحمهم الله.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الخنثى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، فإنه يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال؟

قلنا: إنَّما يجبُ المصير إلى اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار، كما في ما نحن فيه، وفي فصل الخنثى لا يتحقق الاشتباه بصفة الاستمرار؛ لأنه إذا بلغَ مبلغ الرجال أو النساء لا بدَّ أن يتفلك لها ثديٌ أو تنبت لها لحيةٌ، وبهذا ارتفع الاشتباه، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: عِتْقَ مَنِ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ القَوْلُ، المراد من القول قوله: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، والذي أعيد عليه ذلك القول هو العبد الثابت، فسمَّى كل عبد من هذه الأعبد الثلاثة باسم الفعل الذي اتصفَ به من كونه خارجاً وداخلًا وثابتاً، ثم المولى يُؤمر بالبيان مادام حيًّا؛ لأنه أَوْجبَ العتق المبهم فيُرجع إلى بيانه، ويعتق الذي عيَّنه، فإن بيَّن الكلام الأول في الخارج عتق الخارج، ويُؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق الذي عيَّنه.

وإن بيَّن الكلام الأول في الثابت عتق الثابت، وبطل الكلام الثانِي؛ لأنه صار خبَرًا فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حرٍّ وعبدٍ وقال: أحدكما حرٌّ لا يعتق العبد.

ولا يقال: بأن الثابت لم يعتق بالكلام الأول؛ لأن الكلام الأول صادفَ المبهم والثابت معين، وإنما عتقَ الثابت ببيانه، فكان البيان بمنزلة إعتاق مستقبل، ولو أعتقه عتقاً مستقبلًا يعتق الداخل، فلماذا لا يعتق الداخل؟

قلنا: قوله أحدُكما حرٌّ مبهمٌ من وجهٍ دون وجهٍ، مبهمٌ من حيث أن المعتق منهما غير معلوم، ومن حيث أن المعتق فيهما لا يعدوهما ليس بمبهم، فكان البيان فيه إظهارًا من وجهٍ إنشاءً من وجهٍ، فلو كان إظهارًا كان الكلام الثانِي خبَرًا لا يعتق به الداخل، وإن كان إنشاءً

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ كَذَلِكَ إِلَّا فِي العَبْدِ الآخَرِ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ رُبُعُهُ) أَمَّا الخَارِجُ فَلِأَنَّ الإِيجَابَ الأَوَّلَ دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ، وَهُوَ الَّذِي أُعِيدَ عَلَيْهِ القَوْلُ فَأَوْجَبَ عِتْقَ رَقَبَةٍ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فَيُصِيبُ كُلًّا مِنْهُمَا النِّصْفُ، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَفَادَ بِالإِيجَابِ الثَّانِي رُبُعًا آخَرَ لِأَنَّ الثَّانِيَ دَائِرٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّاخِلِ، وَهُوَ الَّذِي سَمَّاهُ فِي الكِتَابِ آخِرًا فَيَتَنَصَّفُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّ الثَّابِتَ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الحُرِّيَّةِ بِالإِيجَابِ الأَوَّلِ فَشَاعَ النِّصْفُ المُسْتَحَقُّ بِالثَّانِي فِي نِصْفَيْهِ، فَمَا أَصَابَ المُسْتَحِقَّ بِالأَوَّلِ لَغَا، وَمَا أَصَابَ الفَارِغَ بَقِيَ فَيَكُونُ لَهُ الرُّبُعُ فَتَمَّتْ لَهُ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ وَلِأَنَّهُ لَوْ أُرِيدَ هُوَ بِالثَّانِي يَعْتِقُ نِصْفُهُ، وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ الدَّاخِلُ لَا يَعْتِقُ هَذَا النِّصْفُ فَيَتَنَصَّفُ فَيَعْتِقُ

لا يكون الكلام الثاني خبرًا، فيعتق الداخل فلا يعتق الداخل بالشك، فإن بدأ ببيان الكلام الثاني إن قال: عنيتُ بالكلام الثاني الداخل عتق الرجل ويُؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال عنيتُ بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني، وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضـًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: إِلَّا فِي العَبْدِ الآخَرِ، وهو الداخل.

قوله: فَيَكُونُ لَهُ، أي: للثابت، وَلَوْ أُرِيدَ بِهِ، أي: بالإيجاب الثاني.

ولمحمد رحمه الله سوى ما ذكر في الكتاب، في أن الداخل يستحق الربع دون النصف، هو أن الإيجاب الثاني صحيحٌ في حال دون حال؛ لأنه لو أراد بالكلام الأول الخارج صحَّ الكلام الثاني، وإن أراد بالكلام الأول الثابتَ كان الكلام الثاني خبرًا غير موجب للحكم، فكان الكلام الأول صحيحـًا في حال دون حال، ولو صحَّ مطلقـًا يعتق به رقبة بينهما، فإذا صح به في حال دون حال يعتق به نصف رقبة بينهما، فيعتق من كل واحدٍ منهما بالكلام الثاني ربعه، ولهذا يعتق من الثابت بالكلام الثاني ربعه.

والدليل عليه مسألة ذكرها في «الزِّيادات»: رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بِهنَّ، فقال

مِنْهُ الرُّبُعُ بِالثَّانِي وَالنِّصْفُ بِالأَوَّلِ، وَأَمَّا الدَّاخِلُ فَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: لَمَّا دَارَ الإِيجَابُ الثَّانِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّابِتِ وَقَدْ أَصَابَ الثَّابِتَ مِنْهُ الرُّبُعُ فَكَذَلِكَ يُصِيبُ الدَّاخِلَ، وَهُمَا يَقُولَانِ إِنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا، وَقَضِيَّتُهُ التَّنْصِيفُ وَإِنَّمَا نَزَلَ

لاثنتين منهن: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما ودخلت الثانية، فقال: إحداكما طالق، ثم ماتَ قبل البيان يسقط من مهر الخارجة رُبعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه، ومن مهر الداخلة ثمنُهُ، والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق؛ لأن ذلك الثمن هو ربع النصف الساقط، فثبتَ أن حظَّة الداخل الربع دون النصف.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: الكلام الثانِي في حق الداخل صحيح من كل وجهٍ؛ لأن الكلام الأول تناول المبهم والثابت معيَّنٌ، والعتق المبهم بين العبدين في حقِّ المعيَّن منهما بمنزلة المعلَّق بالبيان في حقِّ غيرهما، ولهذا لو قال لعبدين له: أحدكما حرٌّ، فقطع إنسانٌ يديهما كان على القاطع أرش العبدين.

وإذا صحَّ الكلام الثانِي في حق الداخل كان الكلام الثانِي في حق الداخل بمنزلة الكلام الأول في حق الخارج، فيُعتق منه نصفه، وإنَّما يعتق من الثابت ربعه بالكلام الثانِي؛ لأن الكلام الأول عمل في حق الثابت حتى تثبت له المطالبة بالبيان، ويتعيَّن العتق إذا زالت مزاحمة الخارج بالموت ونحوه، كالبيع والهبة، ويشيع العتق فيهما إذا ماتَ المولى قبل البيان؛ لما ذكرنا أن قوله أحدكما نكرة من وجهٍ دون وجهٍ، فاعتبر العتق واقعـًا في المحل في حقِّهما ولم يعتبر تعليقـًا، وإذا اعتبر الكلام الأول تنجيزًا في حقِّهما فإن أرادَ به الخارج صحَّ الكلام الثانِي، وإن أراد به الثابت لا يصح، فكان الكلام الثانِي مترددًا في حق الثابت فيعتق رُبعه.

وأمَّا مسألة «الزيادات» فقيل: ذلك قول محمد رحمه الله، وأمَّا على قولهما فللداخلة ثلاثه أرباع المهر، ولئن كان ما ذكر في «الزيادات» قول الكل، فالفرق لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الكلام الأول يعتبر تعليقـًا في حق الداخل في حق حكم يقبل التعليق، ووقوع العتق يحتمل التعليق، أمَّا البراءة عن المهر فممَّا لا يحتمل التعليق، فاعتبر الكلام تنجيزًا في حق هذا الحكم، فإذا اعتبر تنجيزًا كان الكلام الثانِي مترددًا، فأوْجَب سقوط ربع المهر؛ لأنه

إِلَى الرُّبُعِ فِي حَقِّ الثَّابِتِ لِاسْتِحْقَاقِهِ النِّصْفَ بِالإِيجَابِ الأَوَّلِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلا اسْتِحْقَاقَ لِلدَّاخِلِ مِنْ قَبْلُ فَيَثْبُتُ فِيهِ النِّصْفُ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ القَوْلُ مِنْهُ فِي المَرَضِ قُسِمَ الثُّلُثُ عَلَى هَذَا) وَشَرْحُ ذَلِكَ أَنْ يُجْمَعَ

لو كان صحيحاً من كل وجهٍ يوجب نصف المهر، فإذا كان مترددًا يوجب الربع؛ لأنه يوجب براءة النصف إذا كان المراد بالإيجاب الأول الخارجة، ولا يوجب براءة شيءٍ إذا كان المراد بالأول الثابتة، فأَوْجَب براءة ربع المهر بين الثابتة والخارجة.

والفرق الثاني لهما: هو أن الإيجاب الثاني صحيح في حق الداخل والثابت من كل وجهٍ، أمَّا في حق الداخل فلا شكَّ، وكذا في حق الثابت، أمَّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهرٌ؛ لأن الثابت قد عتق بعضه لا كله، ومعتق البعض محل للإعتاق، فصح اللفظ الثاني على كل حال، بخلاف الطلاق؛ لأنه لا يتجزأ.

وأمَّا على قول أبي يوسف رحمه الله فإن الإعتاق وإن كان لا يتجزأ، لكن الثابت دار بين أن يكون حرًّا وبين أن يكون عبدًا، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق، بخلاف الطلاق؛ لأن ثمَّة ليس بين أن تكون المرأة طالقاً وغير طالق حالة ثالثة، هذا إذا كانت الإيجابات في صحة المولى، فإن كانت في مرضه ومات إن خرجوا من الثلث فكذلك الجواب، وإن لم يكن له مال آخر ولم تجز الورثة قسم الثلث بينهم على قدر سهامهم، فحق الخارج في نصف الرقبة وهو سهمان، وحق الثابت في ثلاثة أرباعه وهو ثلاثة أسهم، وحق الداخل عندهما في نصف الرقبة وهو سهمان، فبلغ سهام العتق سبعةً، اجعل هذا ثلث المال، وثلثا المال أربعة عشر، فيكون كل عبد سبعة، عتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة، ومن الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة، ومن الداخل سهمان ويسعى في خمسة، فيكون سهام العتق سبعةً، وسهام السعاية أربعة عشر، فاستقام الثلث والثلثان.

وعلى قول محمد رحمه الله حقُّ الداخل في ربعه وهو سهم واحد، فكان سهام العتق عنده ستة، وثلث المال ستة، كل رقبة ستة عتق من الخارج سهمان ويسعى في أربعة، ومن الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة، ومن الداخل سهم ويسعى في خمسة، فيستقيم الثلث والثلثان.

بَيْنَ سِهَامِ العِتْقِ وَهِيَ سَبْعَةٌ عَلَى قَوْلِهِمَا لِأَنَّا نَجْعَلُ كُلَّ رَقَبَةٍ عَلَى أَرْبَعَةٍ لِحَاجَتِنَا إِلَى ثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ فَنَقُولُ: يَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ وَمِنَ الآخَرَيْنِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَهْمَانِ فَيَبْلُغُ سِهَامُ العِتْقِ سَبْعَةً، وَالعِتْقُ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةٌ وَمَحَلُّ نَفَاذِهَا الثُّلُثُ، فَلَا بُدَّ أَنْ يُجْعَلَ سِهَامُ الوَرَثَةِ ضِعْفَ ذَلِكَ فَيُجْعَلَ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلَى سَبْعَةٍ وَجَمِيعُ المَالِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيَعْتِقُ مِنَ الثَّابِتِ ثَلَاثَةٌ وَيَسْعَى فِي أَرْبَعَةٍ وَيَعْتِقُ مِنَ البَاقِيَيْنِ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا سَهْمَانِ وَيَسْعَى فِي خَمْسَةٍ، فَإِذَا تَأَمَّلْتَ وَجَمَعْتَ اسْتَقَامَ الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ يُجْعَلُ كُلُّ رَقَبَةٍ عَلَى سِتَّةٍ لِأَنَّهُ يَعْتِقُ مِنَ الدَّاخِلِ عِنْدَهُ سَهْمٌ فَنَقَصَتْ سِهَامُ العِتْقِ بِسَهْمٍ وَصَارَ جَمِيعُ المَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَبَاقِي التَّخْرِيجِ مَا مَرَّ.

(وَلَوْ كَانَ هَذَا فِي الطَّلَاقِ وَهُنَّ غَيْرُ مَدْخُولَاتٍ وَمَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ البَيَانِ سَقَطَ مِنْ مَهْرِ الخَارِجَةِ رُبُعُهُ وَمِنْ مَهْرِ الثَّابِتَةِ ثَلَاثَةُ أَثْمَانِهِ وَمِنْ مَهْرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ) قِيلَ هَذَا

فإن قيل: في هذا المجموع سؤال كلي يرد على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وهو أنه كيف يتصور تجزئة العتق بالنصف والربع وثلاثة الأرباع عندهما، مع أن إعتاق البعض إعتاق الكل عندهما؟ فكان ينبغي أن يعتق كل واحد منهم، ولا يسعى في شيء إذا كانوا يخرجون من الثلث أو لا يخرجون عندهما؛ لأنه ثبتَ العتق في شيءٍ من كل واحد منهم فكان ثابتاً في كل واحدٍ منهم؛ لما أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما.

قلنا: الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلًّا معلوماً، وأمّا إذا كان الإعتاق ثبوته بطريق التوزّع والانقسام باعتبار الأحوال فلا؛ لأن ثبوته حينئذٍ بطريق الضرورة؛ إذ لا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر، والثابت بالضرورة لا يعدو موضعه، كذا في «جامعي» قاضي خان، والتمرتاشي، و«الفوائد الظهيريَّة».

قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ خَاصَّةً، وَعِنْدَهُمَا يَسْقُطُ رُبُعُهُ، وَقِيلَ هُوَ قَوْلُهُمَا أَيْضًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ وَتَمَامَ تَفْرِيعَاتِهَا فِي الزِّيَادَاتِ.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا أَوْ مَاتَ أَوْ قَالَ لَهُ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْعِتْقِ أَصْلًا بِالمَوْتِ وَلِلْعِتْقِ مِنْ جِهَتِهِ بِالبَيْعِ وَلِلْعِتْقِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ بِالتَّدْبِيرِ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ، وَلِأَنَّهُ بِالبَيْعِ قَصَدَ الوُصُولَ إِلَى الثَّمَنِ وَبِالتَّدْبِيرِ إِبْقَاءَ الِانْتِفَاعِ إِلَى مَوْتِهِ، وَالمَقْصُودَانِ يُنَافِيَانِ العِتْقَ المُلْتَزَمَ فَتَعَيَّنَ لَهُ الآخَرُ دَلَالَةً،

قوله: فَبَاعَ أَحَدَهُمَا أَوْ مَاتَ، وفي «الإيضاح»: ولو أعتق أحدهما بعد قوله إحداكما حرة، ثم قال: أردتُّ به ذلك العتق فالقول قوله؛ لأن هذا اللفظ يصلح إنشاءً، فكذا يصلح للبيان الذي هو بمعنى الإنشاء؛ لأنه لم يبق محلًّا للعتق أصلًا بالموت.

فإن قلتَ: يشكل هذا بما لو قال لأمتيه: إحدى هاتين ابنتي، أو أُمُّ ولدي، وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية، والمسألة في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي.

قلتُ: هو ليس بإيقاع بصيغته بل إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميِّت والحيّ، فيرجع إلى بيان المولى، فأمَّا الإنشاء فلا يصح إلا في الحيّ، وأمَّا في مسألتنا فإنَّما يتعين الآخر للعتق عند موت أحدهما؛ لأن البيان قائم بوصفين: بوصف الإنشاء، وبوصف الإظهار.

بيان ذلك أن قوله: أحدكما قاصر الدلالة عن أحدهما بعينه، فإذًا لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، هذا معنى ما قيل العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاءً، ومن حيث أن العتق لا يعدوهما كان البيان إظهارًا، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال، وإذا كان البيان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة، وإذا كان كذلك فإنَّما يصح البيان في محل يحتمل الإنشاء، والميت لا يحتمل الإنشاء فتعيَّن الآخر للعتق ضرورةً، كذا في «الإيضاح»، و«الفوائد الظهيريَّة».

وفي «الجامع»: ما يصلح تعييناً في الإعتاق المبهم المرسل، يصلح تعييناً في الإعتاق

وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَاهُمَا لِلْمَعْنَيَيْنِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالفَاسِدِ مَعَ الْقَبْضِ وَبِدُونِهِ وَالْمُطْلَقِ وَبِشَرْطِ الخِيَارِ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِإِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ وَالْمَعْنَى مَا قُلْنَا، وَالعَرْضُ عَلَى الْبَيْعِ مُلْحَقٌ بِهِ فِي الْمَحْفُوظِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَالْهِبَةُ وَالتَّسْلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسْلِيمُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا لِمَا قُلْنَا، وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لِمَا نُبَيِّنُ.

المعلق، بأن قال لعبديه: إذا جاء غد فأحدكما حرٌّ، فماتَ أحدهما، أو تصرَّف فيه تصرف الملاك، ثم جاء الغد عتق الباقي لزوال المزاحم، ولو قال قبل مجيء الغد: اخترتُ أن يقع العتق غدًا على هذا بعينه لم يعتبر ذلك؛ لأنه إخبار قبل وقت الخيار فلم يصح، كما لو قال: أنت حر إن دخلت هذه الدار وهذه الدار، ثم عيَّن أحدهما للحنث لم يصح تعيينه، ولو باع أحدهما اليوم ثمَّ اشتراه ثم جاء الغد، أو باعهما ثم اشتراهما ثم جاء الغد عتق أحدهما؛ لأن البيع لا يغير حكم التعليق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَاهُمَا، بأن وطئ إحداهما فعلقت منه؛ لأنها صارت أم ولد له، فمن ضرورة صحة أميَّة الولد واستحقاق العتق بِها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعيَّن في الأخرى لزوال المزاحمة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا فَرْقَ بَيْنَ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالفَاسِدِ مَعَ الْقَبْضِ وَبِدُونِهِ، أي: وبدون القبض في البيع الفاسد يثبت التنافي في أن المراد بالعتق الآخر، وإنما لم يشترط اتصال القبض في البيع الفاسد للبيان؛ لأن انتفاء العتق عنه ما كان لضرورة ثبوت الحكم، ولكن لدلالة وجود تصرف يختص بالملك، ألا ترى أنه لو ساومَ بأحدهما تعيَّن الآخر للعتق، والسَّوم أدون من العقد الفاسد.

وأمَّا إذا حلفَ بعتق أحدهما فقد علَّق حريته بالشرط، والمعلق عدم للحال، فإذا ذكر ما يدل على انعدام العتق فيه تعيَّن الآخر للعتق.

ورُوي عن محمد رحمه الله أن اليمين إذا كانت سابقةً على الحرية المجهولة، فعتق

(وَلَوْ قَالَ لِأَمَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ جَامَعَ إِحْدَاهُمَا) لَمْ تَعْتِقِ الأُخْرَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا تَعْتِقُ لِأَنَّ الوَطْءَ لا يَحِلُّ إِلَّا فِي المِلْكِ وَإِحْدَاهُمَا حُرَّةٌ فَكَانَ بِالوَطْءِ مُسْتَبْقِيًا المِلْكَ فِي المَوْطُوءَةِ فَتَعَيَّنَتِ الأُخْرَى لِزَوَالِهِ بِالعِتْقِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ، وَلَهُ أَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي المَوْطُوءَةِ لِأَنَّ الإِيقَاعَ فِي المُنَكَّرَةِ وَهِيَ مُعَيَّنَةٌ فَكَانَ

بوجود الشرط تعيَّن الآخر؛ لأنه فات المحل فصار كما لو ماتَ، وذكر محمد رحمه الله في «الإملاء»: إذا وهبَ أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر.

وقضية مسألة البيع الفاسد أن يثبت العتق في الآخر بدون الإقباض، وإنما ذكر الإقباض هنا، وفي البيع الفاسد على سبيل التأكيد، فعلى هذا كان ذكر التسليم في **قوله**: وَالهِبَةُ وَالتَّسْلِيمُ وَالصَّدَقَةُ وَالتَّسْلِيمُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ، كان على وجه التأكيد لا على وجه الشرط.

فإن قلتَ: يشكل على ما ذكره من مسألة الموت ما ذكره في «المبسوط»، و«الإيضاح»: أنه لو اشترى أحد العبدين وسمَّى لكل واحدٍ منهما ثمناً، وشرط الخيار لنفسه ثم ماتَ أحدهما تعيَّن البيع في الهالك، وهاهنا يتعيَّن العتق في القائم لا في الهالك، فكما أنَّ إنشاء العتق يقتضي الحياة فكذلك إنشاء البيع والاختيار فيه يقتضي الحياة أيضاً، فمن أين وقع الفرق بينهما؟

قلتُ: قال علي القُمِّي رحمه الله: وفي الحقيقة لا فرقَ بينهما؛ لأن الهالك يهلك على ملكه في الفصلين، والأصح أن يقال: هناك حين أشرفَ أحدهما على الهلاك تعيَّن البيع فيه؛ لأنه تعذَّر عليه ردُّه كما قبض، فإنما يتعين للبيع وهو حيٌّ لا ميِّت، وهاهنا لو تعيَّن العتق فيه تعيَّن بعد الموت؛ لأنه بالإشراف على الهلاك لا يخرج من أن يكون محلًّا للعتق، وبعد الموت هو ليس بمحل للعتق فيتعين القائم ضرورة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَهُ أَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي المَوْطُوءَةِ، أي: وإن وجد الوطء فيهما جميعاً، ثم دليل قيام الملك فيها جميعاً من حيث الحقيقة ومن حيث الحكم، أمَّا من حيث الحقيقة فهو ما ذكر في الكتاب بيان ذلك وهو أنَّهما كانتا مملوكتين له قبل إيجاب العتق، وإنما أوْجَب العتق

وَطْؤُهَا حَلَالًا فَلَا يُجْعَلُ بَيَانًا وَلِهَذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا عَلَى مَذْهَبِهِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ،

في نكرة، وكل واحدةٍ منهما بعينها معرفة، والمنكر غير المعرف، فلا يجوز إيجاب العتق في العين قبل بيانه؛ لأنه إيجابٌ به في غير المحل الذي أَوْجَبه، وأمَّا من حيث الحكم فإنَّهما لو وطئتا بالشبهة كان الواجب غير مملوكتين، وكان ذلك كله للمولى، وإنما يملك البدل يملك الأصل، فعُلِم بِهذا أن الملك فيهما جميعاً باقٍ، وعن هذا قالوا: فلمَّا لم يكن استيفاء بدله بياناً لم يكن استيفاء أصله بياناً، دليله قطع اليد، فإنه لو قطع يد إحداهما لا يكون بياناً؛ لما أنه لو قطع يد إحداهما غيره وقبض المولى بدله لم يكن بياناً، فكذلك هنا، بخلاف المنكوحتين.

أو نقول: إن حل الوطء يُبتنى على ملك المتعة، والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد المحل، فلا يتحقق المنافاة بين حل الوطء وبين العتق؛ لأنَّ من شرط المنافاة اتحاد محل الحكم، فإذا امتنع البيان من هذا الوجه لم يبق إلا وجه آخر وهو إثبات الضرورة ولا ضرورةَ؛ لأن حل الوطء يتصور ثبوته مع العتق، وحدُّ الضرورة ما لا يقبل الفصل عنه بحال، فحل الوطء مع ملك الرقبة ينفصلان وجودًا وعدماً، أمَّا وجودًا ففي فصل المنكوحة الحرَّة، وأمَّا عدماً ففي أمته المجوسية، فلمَّا كان كذلك لم ينتف ملك المتعة عند انتفاء ملك الرقبة.

فإن قيل: لا يثبت هاهنا ملك المتعة إلا بناءً على ملك الرقبة، ومن ضرورة انتفاء ملك الرقبة انتفاء ملك المتعة الثابت بسببه.

قلنا: إن ما كان طريقه طريق الضرورة يعتبر فيه الجملة لا الأحوال، ألا ترى أن الجارية المبيعة إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فقطعت يد الولد وأخذ المشتري الأرش، ثم ادَّعى البائع نسب الولد بطل البيع، وحكم بحرية الأصل للولد، وبقي الأرش سالماً للمشتري، ولا سبب في هذا الموضع لملكه الأرش سوى ملك الرقبة، ثم نظر إلى الجملة دون الأحوال فقيل: إن ملك الرقبة سبب لملك الأرش الذي وجبَ للمملوك في الجملة، فهو للمولى لوجود ملكه ظاهرًا، وإن لم يكن للمولى في هذه الصورة ملك الرقبة، وكذلك لو اشترى لحماً فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي يحرم عليه تناوله، وسبب الحل هاهنا ملك العين، ولكن لمَّا كان حل التناول يثبت في الطعام في الجملة من غير ملكه، نظر إلى الجملة دون الأحوال، فقيل: لا يحل تناوله ولا يبطل ملكه، حتى لا يرجع على البائع بالثمن نظرًا إلى الانفصال

ثُمَّ يُقَالُ العِتْقُ غَيْرُ نَازِلٍ قَبْلَ البَيَانِ لِتَعَلُّقِهِ بِهِ أَوْ يُقَالُ نَازِلٌ فِي المُنَكَّرَةِ فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ حُكْمِ تَقَبُّلِهِ وَالوَطْءُ يُصَادِفُ المُعَيَّنَةَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الأَصْلِيَّ مِنَ النِّكَاحِ الوَلَدُ، وَقَصْدُ الوَلَدِ بِالوَطْءِ يَدُلُّ عَلَى اسْتِبْقَاءِ المِلْكِ فِي المَوْطُوءَةِ صِيَانَةً لِلْوَلَدِ، أَمَّا الأَمَةُ فَالمَقْصُودُ مِنْ وَطْئِهَا قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الوَلَدِ فَلَا يَدُلُّ عَلَى الِاسْتِبْقَاءِ.

في الجملة، كما في ملك الخمر، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: لِتَعَلُّقِهِ بِهِ، أي: لتعلق العتق بالبيان، فصار كالعتق المعلق بدخول الدار، فإن العتقَ فيه غير نازل قبل دخول الدار، فكذا هاهنا.

قوله: أَوْ يُقَالُ نَازِلٌ فِي المُنَكَّرَةِ - هذه النكتة للفرق بين الطلاق والعتاق في أن الوطء معيَّن في الطلاق دون العتاق - فَيَظْهَرُ فِي حَقِّ حُكْمِ تَقَبُّلِهِ، كالبيع، فإن المنكر يقبل البيع بأن اشترى أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما يصح، وأمَّا المنكرة فلا تقبل الوطء؛ لأن الوطء أمر حسِّيّ فلا يقع في غير المعين، فلم يمكن وطء غير المعين لذلك، فلا يكون الوطء بياناً في الأخرى.

قوله: بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، فإنَّ بوطء إحداهما في باب الطلاق يأتِي بما هو المعظم من المقاصد في باب النكاح فيصير بياناً، كما لو باع إحداهما فيما نحن فيه؛ لأنه أتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد في ملك اليمين، والوطء في ملك اليمين ليس من معظم المقاصد، ألا ترى أنه يجوز شراء المجوسية، وشراء من يحرم عليه وطئها برضاع أو صهريَّة، بخلاف النكاح، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

فإن قلتَ: يشكل على ما ذكر من أن الوطء في الإماء ليس ببيان في حق استيفاء ملك اليمين، مسائل ذكرها في «المبسوط»، وهي أنه لو باع جارية على أنه بالخيار ثلاثه أيام، ثم وطئها في مدة الخيار يصير فاسخاً للبيع، وكذلك لو باعَ إحدى الأمتين وسمَّى لكل واحدة منهما ثمناً، وشرطَ الخيار لنفسه ثم وطئ إحداهما فليس له أن يعين البيع فيها بعد ذلك،

(وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلَامًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ غُلَامًا وَجَارِيَةً وَلَا يَدْرِي أَيُّهمَا وُلِدَ أَوَّلًا عَتَقَ نِصْفُ الأُمِّ وَنِصْفُ الجَارِيَةِ وَالغُلَامُ عَبْدٌ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تَعْتِقُ فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إذَا وَلَدَتِ الغُلَامَ أَوَّلَ مَرَّةٍ الأُمُّ بِشَرْطٍ وَالجَارِيَةُ لِكَوْنِهَا تَبَعًا لَهَا، إذِ الأُمُّ حُرَّةٌ حِينَ وَلَدَتْهَا، وَتَرِقُّ فِي حَالٍ وَهُوَ مَا إذَا وَلَدَتِ الجَارِيَةَ أَوَّلًا لِعَدَمِ الشَّرْطِ فَيَعْتِقُ نِصْفُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَتَسْعَى فِي النِّصْفِ، أَمَّا الغُلَامُ

وكذلك لو كان المشتري بالخيار فوطئ إحداهما تعيَّن البيع فيها لإثبات صفة الحل بفعله، فما وجه الفرق بين هذه المسائل وبين ما نحن فيه؟

قلتُ: ففي البيع بشرط الخيار لو لم نجعله فاسخاً للبيع بالوطء لكان إذا جاز البيع يملكه المشتري من وقت العقد، حتى لو وطئت بالشبهة في مدة الخيار ثم أُجيزَ البيع كان الأرش للمشتري، فتبيَّن به أن البائع كان وطئها في غير ملكه؛ فلهذا جعلناه بياناً، وهاهنا لو عيّن المعتق في الموطوءة لا يتبيّن انعدام ملكه فيها سابقاً على الوطء، بدليل أنَّها لو وطئت بشبهة يكون الأرش سالماً للمولى، وإن عيَّن العتق فيها مع أن فسخ البيع هناك يحصل بالجناية، وهاهنا لا يحصل بجناية على إحداهما البيان فكذلك بالوطء، وكذلك في بيع إحدى الأمتين، أمَّا إذا كان الخيار للمشتري؛ فلأنه لا يملك إحداهما إلا بعد تعين البيع فيها.

وأمَّا إذا كان الخيار للبائع؛ فلأنه لو عيَّن البيع فيها بعد الوطء يثبت الملك للمشتري من وقت البيع، فيتبيَّن أنه وطئها في غير ملكه، فللتحرز عن هذا تعيَّن البيع في الأخرى ضرورة، بخلاف ما نحن فيه؛ إذ بالتعين لا يتبيَّن انعدام ملكه فيها سابقاً على ما ذكرنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ قَالَ لِأَمَتِهِ إنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ، إلى أن قال: عَتَقَ نِصْفُ الأُمِّ وَنِصْفُ الجَارِيَةِ، وقال في «المبسوط»: وذكر محمد رضي الله عنه في «الكيسانيات»: هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله: ما أعلم أنَّها ولدت الغلام أو لا، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره،

يَرِقُّ فِي الحَالَيْنِ فَلِهَذَا يَكُونُ عَبْدًا، وَإِنِ ادَّعَتِ الأُمُّ أَنَّ الغُلَامَ هُوَ المَوْلُودُ أَوَّلًا وَأَنْكَرَ المَوْلَى وَالجَارِيَةُ صَغِيرَةٌ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ اليَمِينِ لِإِنْكَارِهِ شَرْطَ العِتْقِ، فَإِذَا حَلَفَ يَعْتِقُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، وَإِنْ نَكَلَ عَتَقَتِ الأُمُّ وَالجَارِيَةُ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الأُمِّ حُرِّيَّةَ الصَّغِيرَةِ مُعْتَبَرَةٌ لِكَوْنِهَا نَفْعًا مَحْضًا فَاعْتُبِرَ النُّكُولُ فِي حَقِّ حُرِّيَّتِهِمَا فَعَتَقَتَا، وَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ كَبِيرَةً وَلَمْ تَدَّعِ شَيْئًا وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَتَقَتِ الأُمُّ بِنُكُولِ المَوْلَى

فإن حلف فهم أرقاء.

وأمَّا جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال المولى لأمته: إذا كان أوَّل ولد تلدينه غلاماً فأنتِ حرَّة، وإن كان جارية فهي حرَّة، فولدتهما جميعاً ولا يُدرى أيُّهما أوَّل، فالغلام رقيقٌ والابنة حرَّة، ويعتق نصف الأم؛ لأنَّها إن ولدت الغلام أوَّلًا فهي حرة والغلام رقيقٌ، وإن ولدت الجارية أوَّلًا فالجارية حرَّة والغلام والأمُّ رقيقان، فالأمُّ تعتق في حال دون حال، فيعتق نصفها والعبد عبد بيقين والجارية حرَّة بيقين، إمَّا بعتق نفسها أو بعتق الأم.

قلتُ: وما ذكره في «الكيسانيَّات» هو الصحيح؛ لما أن الشرط الذي لم يتيقَّن في وجوده، وهو ما إذا كان في طرفٍ واحدٍ كان القول قول من أنكر وجوده باليمين، كما إذا قال لعبده: إن دخلتَ الدار غدًا فأنت حرٌّ، فمضى الغد ولا يدرى أنه دخل أم لا يعتق؛ لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك هاهنا وقع الشكُّ في شرط العتق، وهو ولادة الغلام أولًا.

وأمَّا إذا كان الشرط مذكورًا في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجودًا لا محالةَ، فحينئذٍ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما في مسألة «الكيسانيَّات».

قوله: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ اليَمِينِ لِإِنْكَارِهِ شَرْطَ العِتْقِ، ويحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم أنَّها ولدت الغلام أولًا؛ لأن هذا استحلاف على فعل الغير فيكون على العلم، أصله حديث القسامة.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ كَبِيرَةً ... عَتَقَتِ الأُمُّ بِنُكُولِ المَوْلَى خَاصَّةً؛ لأن النكول

خَاصَّةً دُونَ الجَارِيَةِ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الأُمِّ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ الكَبِيرَةِ، وَصِحَّةُ النُّكُولِ تُبْتَنَى عَلَى الدَّعْوَى فَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ، وَلَوْ كَانَتِ الجَارِيَةُ الكَبِيرَةُ هِيَ المُدَّعِيَةُ لِسَبْقِ وِلَادَةِ الغُلَامِ وَالأُمُّ سَاكِتَةٌ يَثْبُتُ عِتْقُ الجَارِيَةِ بِنُكُولِ المَوْلَى دُونَ الأُمِّ لِمَا قُلْنَا، وَالتَّحْلِيفُ عَلَى العِلْمِ فِيمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ اسْتِحْلَافٌ عَلَى فِعْلِ الغَيْرِ، وَبِهَذَا القَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى.

جعل حجة بطريق الضرورة فيما وجد فيه الدعوى، والدعوى وجدت من الأم دُونَ الجَارِيَةِ، فلا يظهر في حق الجارية، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ دَعْوَى الأُمِّ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي حَقِّ الجَارِيَةِ الكَبِيرَةِ؛ لأنَّها لمَّا كانت كبيرةً تدعي هي بنفسها، فلا تنوب دعوى غيرها عنها.

وأمَّا إذا كانت صغيرةً فدعوى الأم تنوب عن دعوى الصغيرة بولاية الأم على الصغيرة، والنكول إنَّما يتعبر إقرارًا عند صحة الدعوى، فلذلك افترقَ حكم النكول بين كون البنت صغيرةً وكبيرةً، وكذلك لو كانت البنت الكبيرة هي المدعية دون الأم، فلا تصح دعواها في حق أمِّها؛ لما قلنا إن دعوى الغير نيابةً عن الغير لا يصح إلا بولايةٍ أو إنابةٍ ولم يوجد واحدٌ منهما.

قوله: وَبِهَذَا القَدْرِ يُعْرَفُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الوَجْهِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَى، وجميع الوجوه خمسة:

أحدها: ما ذكرنا وهو أنَّهم إن تصادقوا أنَّهم لا يدرون أيُّهما أول، وجواب الكتاب أنه يعتق نصف الأم ونصف الجارية باعتبار الأحوال.

والثاني: أن تدَّعي الأم أن الغلام أوَّل وأنكر المولى ذلك، وقال الجارية: هي الأولى والجارية صغيرة، والجواب أن القول قول المولى مع يمينه؛ كما ذكر في الكتاب.

والثالث: أن يتصادقوا أن الغلام أوَّل، والجواب أنه عتق الأم والبنت ورق الغلام؛ لأنه لا حظَّ له من العتاق في عموم الأحوال؛ وذلك لأن العتق معلق بولادة الغلام، والمعلق بالشرط لا ينزل قبله، والغلام انفصل منها وهي أمةٌ فلا تظهر حريتها في حق الغلام وتظهر

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ) اسْتِحْسَانًا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ العَتَاقِ (وَإِنْ شُهِدَ أَنَّهُ طَلَّقَ إِحْدَى نِسَائِهِ جَازَتِ الشَّهَادَةُ وَيُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَ إِحْدَاهُنَّ) وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: الشَّهَادَةُ فِي العِتْقِ مِثْلُ ذَلِكَ) وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتْقِ العَبْدِ لا تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى العَبْدِ عِنْدَ أَبِي

في الجارية؛ لأنَّها انفصلت بعد الحريَّة فتكون حرَّة.

والرابع: أن يتصادقوا أن الجاريةَ هي الأولى، والجواب أنَّهم أرقَّاء.

والخامس: أن تدعي الأم أن الغلام أول ولم تدَّع الجارية شيئاً وهي كبيرةٌ حُلِّف المولى، فإن حلف لم يثبت شيءٌ، وإن نكل عتقت الأم دون البنت؛ لأن النكول حُجَّة ضرورية إلى آخر ما ذكرنا، ولو ادعت البنت دون الأم، فالجوابُ على عكس هذا.

ولا يقال: إن النكول على قولهما إقرارٌ، والإقرار بعتق إحداهما حكماً لليمين إقرارٌ بعتق الأخرى ضرورةً.

لأنا نقول: أنه إقرار بطريق الضرورة، ولهذا لا يثبت العتق بمجرَّد النكول، والدليل عليه ما قاله محمد رحمه الله في «الأصل»: رجل قال لغيره: أنا كفيلٌ بكل ما يقرُّ لك به فلان، فادَّعى المكفول له على فلان مالًا، فأنكر فحلفَ فنكل فقضى عليه بالمال فلا يصير الكفيلُ كفيلًا به، ولو كان إقرارًا من كل وجهٍ لصار كفيلًا به، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، يعني: (گواهى داده اند برين كه يكى از دو بنده را آزاد كرده است)، لا أنَّهما شهدا على أنه قال أحدكما حرٌّ، كذا كان بخطِّ شيخي رحمة الله عليه.

قوله: وَأَصْلُ هذا أَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى عِتْقِ العَبْدِ لا تُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى العَبْدِ عِنْدَ أَبِي

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى عِتْقِ الأَمَةِ وَطَلَاقِ الْمَنْكُوحَةِ

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، بخلاف الشهادة على عتق الأمة، فإنَّها تقبل بدون الدعوى بالإجماع، وإنَّما اختلف حكمها عند أبي حنيفة رحمه الله على هذا الطريق، بناءً على أن العتق من حقوق العباد عنده، ومن حقوق الشرع عندهما، فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى، وما كان من حقوق الله تعالى تقبل الشهادة بدون الدعوى، وأمَّا عتق الأمة فمن حقوق الله تعالى بالاتفاق، فلذلك تقبل الشهادة فيها بدون الدعوى؛ وذلك لأن عتق الأمة يتضمن تحريم فرجها على مولاها، وذلك من حقِّ الشرع، وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حِسبة من غير دعوى، كما في الشهادة برؤية شهر هلال رمضان، وحدِّ الزنا والشراب والطلاق.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يكتفى بشهادة الواحد؛ لأنه أمر ديني وخبر الواحد فيه حجة تامة، قلنا: خبر الواحد إنَّما يكون حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وهاهنا الحاجة ماسَّة إلى ذلك؛ ولأن في هذا يكون إزالة الملك والمالية عن المولى، وخبر الواحد لا يكفي لذلك، فلهذا قلنا: لا بدَّ من أن يشهد رجلان.

فإن قيل: فإذا كانت هي أخته من الرضاعة قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها، وليس فيه تحريم الفرج هاهنا؛ لأن تحريم الفرج هاهنا يثبت بحكم الرضاع قبل شهادتِهما بالإعتاق.

قلنا: بل فيه معنى الزنا؛ لأن فعل المولى بِها قبل العتق لا يلزمه الحد، وبعد العتق يلزمه الحد، وبعضها مملوكٌ للمولى وإن كان هو ممنوعـًا عن وطئها بالمحرمية، ألا ترى أنه يزوجها المولى، وأن بدل بضعها يكون له، فيزول ذلك الملك بإعتاقها، ولأن الأمة في إنكار المعتق متهمة لمالها من الحظِّ في الصحبة مع مولاها، ولا معتبر في إنكار من هو متهم في إنكاره، فجعلناها كالمدَّعية لهذا.

وأمَّا الشهادة على عتق العبد فلا تقبل مع جحود العبد في قول أبي حنيفة رحمه الله، وتقبل في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

وجه قولهما أن المشهود به حق الشرع، وعدم الدعوى لا يمنع قبول الشهادة عليه

مَقْبُولَةٌ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى بِالِاتِّفَاقِ وَالمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ، وَإِذَا كَانَ دَعْوَى العَبْدِ شَرْطًا

كعتق الأمة وطلاق الزوجة، وبيان ذلك أنَّ المشهود به العتق وهو حقُّ الشرع، ألا ترى أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد، ولا يرتدُّ برده، ويجوز أن يحلف به، وإنما يحلف بما هو حقُّ الشرع، وأن إيجابَه في المجهول صحيحٌ، ولا يصح إيجاب الحق للمجهول، ويتعلق به حرمةُ استرقاقه وذلك حق الشرع.

قال النبيُّ صلى الله عليه وسلم: «ثلاثة أنا خصمهم»، وذكر من جملتهم «من استرق الحر»، ويتعلق به حكم تكميل الحدود ووجوب الجمعة، والأهلية للولايات، والاسترقاق على أهل الحرب عقوبةً بطريق المجازاة لهم حين أنكروا وحدانية الله تعالى، فجازاهم على ذلك بأن صيَّرهم عبيد عبيده، فإزالته بعد الإسلام يكون حقًّا للشرع، ولهذا كان قربة تتأدَّى به بعضُ الواجبات، والدليل عليه أيضاً هو: أن التناقض لا يمنع دعوى الحريَّة، حتى لو أقرَّ بالرقِّ ثم ادَّعى حرية الأصل وأقام البيّنة قبلت بيّنته، مع أن الناقض يعدم الدعوى.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه الصلاة والسلام: «ثم يفشوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد»، فقد جعل أداء الشهادة قبل الاستشهاد من أمارات الكذب، فظاهره يقتضي أن لا يكون مقبولًا منه إلا حيثُ خصَّ بدليل الإجماع، والمعنى فيه أنه إزالةُ ملك اليمين بالقول، ولا يتضمن معنى تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه إلا بالدعوى كالبيع، وتأثيره أنَّ المشهود به حق العبد؛ لأن الإعتاق إحداث قوَّة المالكية، والاستبداد يتضمن انتفاء ذلِّ المملوكيَّة والرق، وذلك كله حق العبد، فأمَّا ما وراء ذلك فمن ثمرات العتق فلا يعتبر ذلك، وإنما يعتبر المشهود به، فإذا كان حقًّا للعبد يتوقف قبول البينة على دعواه.

ونحن نسلم أن في السبب معنى حق الشرع، ولهذا لا يتوقف على قبوله فلا يرتد بردِّه، ولكن هذا لا يدل على قبول البينة من غير الدعوى، كالعفو عن القصاص، ثم العبد غير متهم في هذا الإنكار؛ لأن العاقل لا يجحد الحرية ليستكسبه غيره، فينفق عليه بعض كسبه ويجعل الباقي لنفسه، فصحَّ إنكارُه وصار به مكذباً لشهوده، بخلاف الأمة فإنَّها متهمة في الإنكار على ما قلنا، حتى لو كان العبد متهماً بأن كان لزمه حدُّ قذف أو قصاص في طرفٍ فأنكرَ العتق

عِنْدَهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى مِنَ المَجْهُولِ لا تَتَحَقَّقُ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وَعِنْدَهُمَا لَيْسَ بِشَرْطٍ فَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنِ انْعَدَمَ الدَّعْوَى.

أَمَّا فِي الطَّلَاقِ فَعَدَمُ الدَّعْوَى لا يُوجِبُ خَلَلًا فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهَا، وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ إِحْدَى أَمَتَيْهِ لا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ

لم يلتفت إلى إنكاره، وقضى ذلك عليه بالبينة.

وأمَّا فصل التناقض فالوجه الصحيح فيه أن يسلك به طريقة الشبهين، فنقول من حيث السبب المشهود به حق الشرع بمنزلة طلاق الزوجة وعتاق الأمة، ومن حيث الحكم المطلوب بالسبب هو حق العبد كما بيَّنا، وما تردَّد بين الشبهين يوفرُ حظُّه عليهما، فلشبهه بحقوق العباد قلنا الشهادة لا تقبل بدون الدعوى، ولشبهه بحق الشرع قلنا التناقض في الدعوى لا يمنع قبول البينة عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الدَّعْوَى مِنَ المَجْهُولِ لا تَتَحَقَّقُ فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ؛ وذلك لأنه لو صوَّرنا دعوى أحدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهي لا تصح، وكذا إذا ادعيا أيضًا لا تصح؛ لأنَّهما معينان وصاحب الحق غير معين، فلم تكن دعوى أحدهما دعوى من صاحب الحق؛ ولأن الدعوى حينئذٍ لا يكون مطابقًا للشهادة؛ لأن الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين.

وذكر رشيد الدين رحمه الله في «فتاواه»: أن خلاف أبي حنيفة رحمه الله معهما في الشهادة القائمة على العتق الحاصل من جهة المولى، أمَّا لا خلاف أن الشهود إذا شهدوا أنه حر الأصل، فإنه تقبل شهادتهم بدون الدعوى؛ لأن الشهادة على حريَّة الأصل شهادة على حريَّة أمة، والشهادة على حرية أمة شهادة على تحريم الفرج، وحرمة الفرج حق الله تعالى، فتقبل الشهادة فيه حينئذٍ من غير الدعوى كما في عتق الأمة.

ولكن ذكر صاحب «المحيط»: أنَّ الصحيح أن دعوى العبد عند أبي حنيفة رضي الله عنه شرطٌ في حرية الأصل وفي العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى ولا صحة

الدَّعْوَى شَرْطًا فِيهَا لِأَنَّهُ إِنَّمَا لا تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ

الشهادة، لا في حريَّة الأصل ولا في العتق العارض، كذا في «الفصول» للإمام الأستروشني.

قوله: لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَ الْفَرْجِ، فيشابه الطلاق، وإنَّما قلنا إن تحريم الفرج من حق الله تعالى فيقبل فيه شهادة الشاهدين من غير دعوى؛ لأنَّهما يشهدان أن وطئه إيَّاها بعد هذا زنـًا، والشهادة على الزنا تقبل بلا دعوى، فكذا ما يتضمن معنى الزنا.

فإن قيل: على عتق العبد المعين وجبَ أن تُستغنى الشهادة عن الدعوى؛ لأن فيها تحريم الاسترقاق وذلك حق الله تعالى، فصار الله تعالى خصمـًا.

قلنا: تحريم الاسترقاق إنَّما يثبت بعد تمام الشهادة، وإن يثبت معنى تمام الشهادة لا يجوز أن يجعل أصلًا في قبول الشهادة، كما لو شهد لإنسانٍ بمال وهو لا يدعي فإنه لا يقال: يقبل؛ لجواز أن يجب في ذلك المال زكاة وذلك حق الله تعالى، كذلك هذا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

فإن قلتَ: لا تفاوت حينئذٍ بين تحريم الاسترقاق وبين تحريم الفرج، فكل منهما يثبت بعد تمام الشهادة بالحرية، فكيف جعل تضمين تحريم الفرج مجوزًا لقبول الشهادة من غير دعوى، ولم يجعل تضمن تحريم الاسترقاق مجوزًا لقبول الشهادة من غير دعوى؟

قلتُ: إنَّما نشأ الفرق بينهما من حيث أن الشهادة بعتق الأمة قائمة مقام شهادتهما أنَّهما يزنيان بعد هذا لو وطئها مولاها، والشهادة على الزنا ممَّا وردَ به الشرع، وأمَّا الشهادة بعتق العبد لو قلنا بجوازها كانت قائمةً مقام شهادتهما أنه يسترقة بعد الحرية، فهو ممَّا لم يرد به الشرع، بل ذاك وقوله: إنه أعتقه بمنزلة، وفيه الخلاف المذكور.

ولأن الاحتياط الراجع إلى أمر الفروج أشدُّ رعايةً من غيره، ألا ترى أن الإعتاق المبهم بين الأمتين وإن كان يجوّز وطئهما من حيث الدليل على قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو أن الإعتاق المبهم لا ينزل في المعيَّن قبل البيان، ومع ذلك لا يفتي بحل وطئهما لرعاية الاحتياط في أمر الفروج، وإذا كان كذلك فلم يلزم من قبول الشهادة بعتق الأمة رعايةً لجانب حرمة أمر الفروج، وإن كان ثبوته بطريق التضمُّن قبول الشهادة بعتق العبد رعايةً لجانب حرمة

فَشَابَهَ الطَّلَاقَ، وَالعِتْقُ المُبْهَمُ لا يُوجِبُ تَحْرِيمَ الفَرْجِ عِنْدَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى عِتْقِ أَحَدِ العَبْدَيْنِ.

وَهَذَا كُلُّهُ إذَا شَهِدَا فِي صِحَّتِهِ عَلَى أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، أَمَّا إذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ أَوْ شَهِدَا عَلَى تَدْبِيرِهِ فِي صِحَّتِهِ أَوْ فِي مَرَضِهِ وَأَدَاءُ الشَّهَادَةِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَ الوَفَاةِ تُقْبَلُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ حَيْثُمَا وَقَعَ وَقَعَ وَصِيَّةً، وَكَذَا العِتْقُ فِي مَرَضِ المَوْتِ وَصِيَّةٌ، وَالخَصْمُ فِي الوَصِيَّةِ إنَّمَا هُوَ المُوصِي وَهُوَ مَعْلُومٌ، وَعَنْهُ خَلَفٌ وَهُوَ الوَصِيُّ أَوِ الوَارِثُ، وَلِأَنَّ العِتْقَ فِي مَرَضِ المَوْتِ يَشِيعُ بِالمَوْتِ فِيهِمَا فَصَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصْمًا مُتَعَيِّنًا.

الاسترقاق الثابت بطريق التضمين؛ لما أنَّ حرمة الاسترقاق لا تساوي حرمة أمر الفروج في الأخذ بالاحتياط.

قوله: عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو **قوله**: وَلَهُ أَنَّ المِلْكَ قَائِمٌ فِي المَوْطُوءَةِ، إلى **قوله**: وَلِهذَا حَلَّ وَطْؤُهُمَا.

قوله: أَمَّا إذَا شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، بيان **قوله**: إلَّا أَنْ يَكُونَ فِي وَصِيَّةٍ؛ لأن التدبير حيث ما وقعَ وقع وصيَّة، أي: سواءٌ وقعَ في حالة الصحة، أو في حالة المرض.

وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن الإعتاق في مرض الموت وصية، والوصية إيجاب بعد الموت، وإيجاب العتق بعد الموت إيجابٌ للعبدين؛ لأنه أوْجَب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان، فكان إيجاباً لهما فتصحُّ دعواهما.

وَلَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ أَنَّهُ قَالَ فِي صِحَّتِهِ أَحَدُكُمَا حُرٌّ فَقَدْ قِيلَ: لا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ، وَقِيلَ تُقْبَلُ لِلشُّيُوعِ هُوَ الصَّحِيحُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

والثاني: أن الإعتاق في مرض الموت وصيَّة، وتنفيذ الوصايا حق الميّت، فكان الميت مدَّعيًا تقديرًا فتقبل الشهادةُ، وإن شهدا بعد موته أنه أعْتَقَ أحد عبديه في صحته لا نصَّ فيه عن أبي حنيفة رحمه الله، واختلف المشايخ فيه.

قال بعضهم: لا يقبل؛ لأن الإعتاق في الصحة لا تكون وصيَّة فلم يكن الميت مدَّعيًا تقديرًا.

وقال بعضهم: يقبل؛ لأن العتق شاعَ فيها بعد الموت فيصح دعواهما، والله تعالى أعلم بالصواب.

* * *

(بَابُ الحَلِفِ بِالعِتْقِ)

(وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ لَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى مَمْلُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ) لِأَنَّ قَوْلَهُ يَوْمَئِذٍ تَقْدِيرُهُ يَوْمَ إِذْ دَخَلْتُ، إِلَّا أَنَّهُ أَسْقَطَ الفِعْلَ وَعَوَّضَهُ بِالتَّنْوِينِ فَكَانَ المُعْتَبَرُ قِيَامَ المِلْكِ وَقْتَ الدُّخُولِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي مِلْكِهِ

باب الحلف بالعتق

لمَّا فرغ من أنواع التنجيز من العتق، شرع في بيان مسائل التعليق منه؛ إذ التعليق قاصرٌ في السببية عن التنجيز، فلذلك أخَّر ذكره.

ثم المرادُ من الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزاء حلفه.

قوله: وَمَنْ قَالَ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي يَوْمَئِذٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَيْسَ لَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى مَمْلُوكًا ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ؛ لأنه صرَّح في كلامه بإيجاب العتق لما يكون في ملكه وقت الدخول.

فقوله: يَوْمَئِذٍ، عبارة عن الوقت، أي: حينئذٍ، وما استحدثَ الملك فيه بهذه الصفة عند الدخول، فصار هو عند الشراء كأنه علق عتقه بدخول الدار، كذا ذكره الإمام شمس الأئمَّة رحمه الله في «الجامع الصغير».

فإن قيل: ينبغي أن لا يعتق هنا وإن كان قال: يومئذٍ؛ لأنه ما أضافَ العتق إلى الملك ولا إلى سبب الملك، كما إذا قال لعبد الغير: إن دخلت الدار فأنت حرٌّ، فاشتراه ثم دخل الدار لا يعتق؛ لعدم الإضافة إلى الملك أو إلى سببه.

يَوْمَ حَلَفَ عَبْدٌ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ حَتَّى دَخَلَ عَتَقَ لِمَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَالَ فِي يَمِينِهِ يَوْمَئِذٍ لَمْ يَعْتِقْ) لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي لِلْحَالِ وَالجَزَاءُ حُرِّيَّةُ المَمْلُوكِ فِي الحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ الشَّرْطُ عَلَى الجَزَاءِ تَأَخَّرَ إِلَى وُجُودِهِ فَيَعْتِقُ إِذَا بَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ إِلَى وَقْتِ الدُّخُولِ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَنِ اشْتَرَاهُ بَعْدَ اليَمِينِ.

قلنا: إن لم يوجد الملك صريحاً هنا فقد وُجد دلالةً؛ لأن المملوك لا يكون بدون الملك، فصار كأنه قال: إن ملكتُ مملوكاً فهو حرٌّ وقت دخول الدار، بخلاف تلك المسألة؛ لأنه لم توجد الإضافة إلى الملك لا صريحاً ولا دلالةً.

قوله: حَتَّى دَخَلَ عَتَقَ؛ لما قلنا أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ قَالَ فِي يَمِينِهِ يَوْمَئِذٍ لَمْ يَعْتِقْ - أي: لم يعتق ما اشترى بعد الحلف - لِأَنَّ قَوْلَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي لِلْحَالِ؛ لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون له بمملوك في الحال؛ إذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء، وعمل الشرط في تأخير الجزاء، كما لو قال: كل مملوك لي حرٌّ غدًا، يتناول المملوك للحال، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله وغيره.

وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب إلا أن يعينهم، وكذا عبيد عبده التاجر وهو قول أبي يوسف رحمه الله، سواءٌ كان على العبد دين أو لا، وعلى قول محمد رحمه الله عتقوا نواهم أوْ لا، عليه دين أوْ لا، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم، وإلا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا، وإن نواهم يدخل المدبر والمدبرة وأم الولد وولدهما والذكر والأنثى؛ لأن اسم المملوك عام، وكذلك يدخل فيه العبد المرهون؛ لأن الملك لم يختل فيه، ولو قال: عنيتُ به الذكور دون الإناث؛ لأن اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية في الحكم، ولو قال: عنيتُ ما يستقبل، عتق ما كان في ملكه وما يتملكه في المستقبل؛ لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه، فلم تعتبر نيتُه في إبطال حكم الظاهر، واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل؛ لأنه قصد إثباته بلفظ

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي ذَكَرٍ فَهُوَ حُرٌّ وَلَهُ جَارِيَةٌ حَامِلٌ فَوَلَدَتْ ذَكَرًا لَمْ يَعْتِقْ) وَهَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ظَاهِرٌ، لِأَنَّ اللَّفْظَ لِلْحَالِ، وَفِي قِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ اليَمِينِ احْتِمَالٌ لِوُجُودِ أَقَلِّ مُدَّةِ الحَمْلِ بَعْدَهُ، وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ المَمْلُوكَ المُطْلَقَ، وَالجَنِينُ مَمْلُوكٌ تَبَعًا لِلْأُمِّ لا مَقْصُودًا، وَلِأَنَّهُ عُضْوٌ مِنْ وَجْهٍ وَاسْمُ المَمْلُوكِ يَتَنَاوَلُ الأَنْفُسَ دُونَ الأَعْضَاءِ وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ بَيْعَهُ مُنْفَرِدًا. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفَائِدَةُ التَّقْيِيدِ بِوَصْفِ الذُّكُورَةِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي تَدْخُلُ الحَامِلُ فَيَدْخُلُ الحَمْلُ تَبَعًا لَهَا.

(وَإِنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ، أَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى آخَرَ ثُمَّ جَاءَ بَعْدُ غَدٍ عَتَقَ الَّذِي فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ) لِأَنَّ قَوْلَهُ أَمْلِكُهُ لِلْحَالِ حَقِيقَةً يُقَالُ: أَنَا أَمْلِكُ كَذَا وَكَذَا وَيُرَادُ بِهِ الحَالُ، وَكَذَا يُسْتَعْمَلُ لَهُ مِنْ

محتمل، كذا في «الإيضاح»، و«الجامع الصغير» للتمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَفِي قِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ اليَمِينِ احْتِمَالٌ، أي: احتمال عدم الولد، ولهذا لا يملك بيعه منفردًا، وكذا لا تجوز عن كفارة يمينه إذا أعتقه عنها.

قوله: وَإِنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ حُرٌّ بَعْدَ غَدٍ، **وقوله**: بَعْدَ غَدٍ، ظرف **لقوله**: حُرٌّ، لا **لقوله**: أَمْلِكُهُ، فإن: أَمْلِكُهُ، للحال.

قوله: ثُمَّ جَاءَ بَعْدُ غَدٍ عَتَقَ، ولفظ: بَعْدُ، بالرفع دون النصب، هكذا كان مقيَّدًا بقيد شيخي رحمه الله؛ لما أن بعدًا معرب وليس بمبني، وإنما انتصب في مواضع على الظرفية، فلمَّا كان في موضع الفاعلية هنا ارتفع.

قوله: وَكَذَا يُسْتَعْمَلُ لَهُ - أي: للحال على تأويل الوقت الحالي - مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ، قال الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُۥ﴾ [المنافقون: ١]، والمراد به الحال، وهذا التقدير

غَيْرِ قَرِينَةٍ وَالِاسْتِقْبَالُ بِقَرِينَةِ السِّينِ أَوْ سَوْفَ فَيَكُونُ مُطْلَقُهُ لِلْحَالِ فَكَانَ الجَزَاءُ حُرِّيَّةَ المَمْلُوكِ فِي الحَالِ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الغَدِ فَلَا يَتَنَاوَلُ مَا يَشْتَرِيهِ بَعْدَ اليَمِينِ.

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ، أَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْتَرَى مَمْلُوكًا آخَرَ فَالَّذِي كَانَ عِنْدَ وَقْتَ اليَمِينِ مُدَبَّرٌ وَالآخَرُ لَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، وَإِنْ مَاتَ عَتَقَا مِنَ الثُّلُثِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي النَّوَادِرِ: يَعْتِقُ مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ وَلَا يَعْتِقُ مَا اسْتَفَادَ بَعْدَ يَمِينِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي إِذَا مِتُّ فَهُوَ حُرٌّ، لَهُ أَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْحَالِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فَلَا يَعْتِقُ بِهِ مَا سَيَمْلِكُهُ وَلِهَذَا صَارَ هُوَ مُدَبَّرًا دُونَ الآخَرِ، وَلَهُمَا أَنَّ هَذَا إِيجَابُ عِتْقٍ وَإِيصَاءٌ حَتَّى أُعْتُبِرَ مِنَ الثُّلُثِ

يخالف رواية النحو، وهي أنه مشترك بين الحال والاستقبال وقد ذكرناه في الطلاق.

قوله: فَالَّذِي كَانَ عِنْدَهُ مُدَبَّرٌ - أي: مطلق - وَالآخَرُ لَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، أي: ليس بمدبر مطلق حتى يجوز بيعه، ولكن هو مدبَّر مقيَّد على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، حتى لو بقي إلى وقت موت المولى يعتق من الثلث.

طعنَ عيسى بن أبان رحمه الله في هذه المسألة فقال: ينبغي أن لا يعتق من حدث ملكه بعد تلك المقالة؛ لأن اللفظ لم يتناولهم؛ لأنه للحال، ولو تناولهم ينبغي أن لا يجوز بيعهم لتعلق عتقهم بموت المولى، فكان فيه جمع بين الحكمين المتناقضين، ولكن الجواب ما ذكر في المتن، ذكره فخر الإسلام رحمه الله في «مبسوطه».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي النَّوَادِرِ: يَعْتِقُ مَا كَانَ فِي مِلْكِهِ، أي: بطريق التدبير.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ هذَا إِيجَابُ عِتْقٍ وَإِيصَاءٌ، أي: اللفظ الواحد إيجاب عتق وهو إيصاءٌ أيضًا، فعملنا بموجبهما، فأعملنا إيجاب العتق في المملوك الحالي، وأعملنا الإيصاء فيه وفي المستحدث؛ وذلك لأن في الوصايا كما تعتبر الحالة الراهنة، أي: الحالة الحالية، إنما سميت الحالية بالراهنة؛ لأن الرهن هو الحبس لغةً، والمرء محبوسٌ فيها، لا فيما قبلها ولا فيما

وَفِي الوَصَايَا تُعْتَبَرُ الحَالَةُ المُنْتَظَرَةُ وَالحَالَةُ الرَّاهِنَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الوَصِيَّةِ بِالمَالِ مَا يَسْتَفِيدُهُ بَعْدَ الوَصِيَّةِ وَفِي الوَصِيَّةِ لِأَوْلَادِ فُلَانٍ مَنْ يُولَدُ لَهُ بَعْدَهَا، وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المِلْكِ أَوْ إِلَى سَبَبِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيجَابُ العِتْقِ يَتَنَاوَلُ العَبْدَ المَمْلُوكَ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ فَيَصِيرُ مُدَبَّرًا حَتَّى لَا يَجُوزَ بَيْعُهُ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِيصَاءٌ يَتَنَاوَلُ الَّذِي يَشْتَرِيهِ اعْتِبَارًا لِلْحَالَةِ المُتَرَبِّصَةِ وَهِيَ حَالَةُ المَوْتِ،

بعدها، كذلك تعتبر الحالة المتربصة، أي: المستقبلة، ولهذا لو أوصى بثلث ماله يستحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت، فيدخل الحالي باعتبار الراهنة تحت كلامه للحال فيتدبر في الحال، والثاني باعتبار المتربصة فيعطى له حكم المدبر حال موت المولى.

قوله: وَالإِيجَابُ إِنَّمَا يَصِحُّ مُضَافًا إِلَى المِلْكِ، جوابُ سؤالٍ مقدَّر وهو على وجهين:

أحدهما: أن يقال: ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلًا، لا في الحال ولا في المآل؛ لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى السبب، وليس أحدهما في حقه، فأجابَ عنه وقال: إنما تناوله باعتبار الإيصاء، لا باعتبار الإيجاب الحالي.

والثاني: هو أن يقال: ينبغي أن يكون المشتري مدبرًا مطلقاً حال شرائه؛ لأن التدبير في كل مدبر إنما يكون على وجه الإيصاء حتى يعتبر من الثلث، وفي الإيصاء لا يتفاوت الحالي والمستحدث، كما لو أوصى بثلث ماله يدخل فيه المال المملوك حالًا وما سيحدث، فأجاب عنه بأن إيجاب التدبير مطلقاً إنما يكون عند إضافة التدبير إلى الملك أو إلى سببه، ولم يوجد في حق المستحدث واحد منهما، فلا يتحقق في حقه التدبير المطلق.

وذكر في «المبسوط»: وهما يقولان: علق بالموت عتق ما يملكه، فيتناول ما هو مملوك له عند الموت، والذي استحدث الملك فيه مملوك له عند الموت كالموجود في ملكه؛ وهذا لأن الإضافة إلى ما بعد الموت وصية، وفي الوصية إذا لم يوجد التعيين من الموصي عند الإيصاء يعتبر وجوده عند الموت، كما لو أَوْصَى بثلث ماله لإنسان يتناول هذا ما يكون ماله عند الموت، فهذا مثله، إلا أن التدبير إيجاب العتق كما قرَّرنا، فلا يصح إلا في الملك

وَقَبلَ المَوتِ حَالَةُ التَّمَلُّكِ اسْتِقْبَالٌ مَحْضٌ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَعِنْدَ المَوتِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي أَوْ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ بَعْدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ وَاحِدٌ وَهُوَ إِيجَابُ العِتْقِ وَلَيْسَ فِيهِ إِيصَاءٌ وَالحَالَةُ مَحْضٌ

أو مضافاً إلى الملك، ففي حق الموجودين في ملكه وجد الملك، فصحَّ إيجاب حق العتق لهم، وفي حق الذين يستحدث الملك فيهم لم يوجد الإيجاب في الملك ولا الإضافة إلى الملك؛ إنَّما وجدت الإضافة إلى الموت فلم يجب لهم حق العتق بنفس الملك؛ لأنه لا يُدرى بقاؤهم في ملكه إلى وقت الموت، وباعتبار ذلك يتناولهم كلامه، فلهذا كان له أن يبيعهم، وإذا لم يبعهم حتى ماتَ فقد تناولهم وصيته فيعتقون من الثلث لهذا.

قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهِ بَعْدَ غَدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، يعني: لا يعتق المشترى في قوله: كل مملوك أملكه حر بعد غد؛ لأن المشترى لا يدخل في غير الإيصاء إلا بقرينة، كما إذا قال: كل مملوكٍ أملكه إلى ثلاثين سنةً، حيث يدخل فيه ما يستفيده لا ما هو في الحال؛ لأنه وقت، والتوقيت إنما يكون في المستقبل.

وأمَّا في قوله: كل مملوك أملكه للحال حرٌّ بعد غدٍ، ليس فيه دليل على الاستقبال فإن قوله: أملكه للحال، وقوله: بعد غدٍ، ظرف لقوله: حرٌّ، لا لقوله: أملكه، فلمَّا كان قوله: أملكه، للحال تنحى عنه الاستقبال؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون للحال والاستقبال معاً، إلا إذا قدر فيه سببان مختلفان من إيجاب عتق ووصية، وهو ممَّا نحن فيه.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما ذكره في «الإيضاح» من قول محمد رحمه الله فقال: وقال محمد في «الجامع الكبير»: إذا قال كل مملوك أملكه غدًا فهو حرٌّ، ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه في غدٍ، ممَّن هو في ملكه في الحال، وممن يملكه إلى الغد، وممَّن يملكه غدًا، فقد تناول أملكه هذا للحال والاستقبال معاً كما ترى، مع أنه ليس فيه سببان مختلفان من إيجاب عتق ووصية.

قلتُ: قد جعل محمد رحمه الله قوله: أملكه غدًا، عبارةً عما يجتمع في ملكه في الغد فقال: فأنا لا أجمع بين الحال والاستقبال، ولكن أعيّن ما يجتمع في ملكه في الغد، لإضافة

اسْتِقْبَالِ فَافْتَرَقَا، وَلا يُقَالُ: إِنَّكُمْ جَمَعْتُمْ بَيْنَ الحَالِ وَالِاسْتِقْبَالِ، لِأَنَّا نَقُولُ: نَعَمْ لَكِنْ بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ إِيجَابِ عِتْقٍ وَوَصِيَّةٍ، وَإِنَّمَا لا يَجُوزُ ذَلِكَ بِسَبَبٍ وَاحِدٍ.

الملك إلى ذلك الوقت، وفي الاجتماع في ذلك الوقت لا يتفاوت بين أن ملك قبله أو في ذلك الوقت، فكان هذا عملًا بعموم المجاز لا جمعًا بين الحقيقة والمجاز، فيرجع حاصل المسائل إلى ثلاثة أوجه:

أحدها: ما يتناول الحال لا غير، وهو **قوله: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ**، ولا نية له، فهذا على ما يكون في ملكه يوم قال ذلك، ولا يعتق ما يستقبل وهو كثير النَّظير.

والثاني: ما يتناول المستقبل لا غير وهو في قوله: كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنةً، فهذا على ما يستفيده في الثلاثين من حين حلف في قولهم جميعًا، ولم يدخل فيه ما كان في ملكه، وكذلك إذا قال: إلى سنةٍ أو سنتين، أو أبدًا أو إلى أن أموت.

والثالث: ما يتناول الحال والاستقبال معًا، وهو في قوله: كل مملوك أملكه غدًا فهو حرٌّ، ولكن هو على قول محمد رحمه الله، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله، فإن على قول أبي يوسف يتناول المستقبل ولا يتناول الحال، وعلى هذا الاختلاف أيضًا إذا قال: كل مملوك أملكه رأس الشهر، إلى هذا أشار في «الإيضاح»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ العِتْقِ عَلَى جُعْلٍ)

(وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ العَبْدُ عَتَقَ) وَذَلِكَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَإِنَّمَا يُعْتَقُ بِقَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ إِذِ العَبْدُ لا يَمْلِكُ نَفْسَهُ،

باب العتق على جُعل

أخَّر العتق على جُعل في كتاب العتاق على سائر الأبواب، كما أخَّر باب الخلع في كتاب الطلاق على سائر الأبواب؛ إذ المال في هذين الكتابين غير أصيل، فتأخير ما ليسَ بأصيل عمَّا هو أصيل في الباب من باب المناسبة؛ لأن الأصل مقدَّم على الفرع.

ذكر في «الصحاح»: الجُعل: بالضم ما جُعل للإنسان من شيءٍ على شيءٍ يفعله، وكذلك الجِعالة بالكسر والجعيلة.

قوله: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، أي: من عروض أو حيوان أو غير ذلك، أو باعه بنفسه، أو وهبه على أن يعوضه كذا فهو جائزٌ، فإذا قبله العبد فهو حرٌّ في جميع أحكامه؛ لأنه علق عتقه بقبول المال، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: وإذا قال لعبده: أنت حرٌّ على ألف أو بألف، أو على أنَّ لي عليك ألفًا، أو على ألفٍ تؤديها، أو على أن تعطيني ألفًا، أو على أن تجيئني بألف، فقبل العبد فهو حرٌّ ساعة قبل.

قوله: وَمَا شَرَطَ دَيْنٌ عَلَيْهِ؛ لأنه أعتقه بعوض، فتعلق العتق بالقبول كما في البيع، بخلاف قوله: إن أديتَ؛ لأنه علق العتق بحصول العوض فلم يعتق قبله.

وَمِنْ قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكْمِ بِقَبُولِ العِوَضِ لِلْحَالِ كَمَا فِي البَيْعِ، فَإِذَا قَبِلَ صَارَ حُرًّا، وَمَا شَرَطَ دَيْنٌ عَلَيْهِ حَتَّى تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ، بِخِلَافِ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي وَهُوَ قِيَامُ الرِّقِّ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ المَالِ يَنْتَظِمُ أَنْوَاعَهُ مِنَ النَّقْدِ وَالعَرَضِ وَالحَيَوَانِ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالصُّلْحَ عَنْ دَمِ العَمْدِ، وَكَذَا الطَّعَامُ وَالمَكِيلُ وَالمَوْزُونُ إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الجِنْسِ، وَلَا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصْفِ؛ لِأَنَّهَا يَسِيرَةٌ.

قوله: وَمِنْ قَضِيَّةِ المُعَاوَضَةِ ثُبُوتُ الحُكْمِ، وهو العتق.

قوله: حَتَّى تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ - لأنه يسعى وهو حرٌّ - بِخِلَافِ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ حيث لا تصح به الكفالة؛ لأنه ليس بدين مطلق؛ لأنه يسعى وهو عبد، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً؛ وذلك لأن عقد الكتابة ثبتَ على خلاف القياس؛ لأن القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلما ثبتَ بخلاف القياس لضرورة حصول الحرية للمكاتب، وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة؛ أو لأن الكفالة إنَّما تصح بدين صحيح، والدين الصحيح هو أن لا يخرج المديون عن وجوبه إلا بالأداء أو بالإبراء، وبدل الكتابة يصح سقوطه بدونهما بالتعجيز فلا تصح به الكفالة.

قوله: وَإِطْلَاقُ لَفْظِ المَالِ، أي: في **قوله:** وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ.

قوله: فَشَابَهَ النِّكَاحَ وَالطَّلَاقَ وَالصُّلْحَ عَنْ دَمِ العَمْدِ، فلمَّا شابهها جاز أن يثبت الحيوانُ ديناً في الذمة هاهنا، كما جاز ذلك في تلك العقود.

قوله: إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الجِنْسِ، كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطةٍ صحَّ.

قوله: وَلَا تَضُرُّهُ جَهَالَةُ الوَصْفِ، يعني: وإن لم يقل أنَّها جيِّدة أو رديَّة، ربيعيَّة أو خريفيَّة، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية إذا كان عوضاً عمَّا ليس بمال كالمهر.

وكذا لو كان العوض شيئاً لغيره؛ لأن عدم الملك لا يمنع صحة تسميته عوضاً، ألا ترى

قَالَ: (وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ المَالِ صَحَّ وَصَارَ مَأْذُونًا) وَذَلِكَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتَ حُرٌّ؛ وَمَعْنَى قَوْلِهِ صَحَّ أَنَّهُ يُعْتَقُ عِنْدَ الأَدَاءِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُكَاتَبًا؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ بِالأَدَاءِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَعْنَى المُعَاوَضَةِ فِي الِانْتِهَاءِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَإِنَّمَا صَارَ مَأْذُونًا؛ لِأَنَّهُ رَغَّبَهُ فِي الِاكْتِسَابِ بِطَلَبِهِ الأَدَاءَ مِنْهُ، وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي فَكَانَ إِذْنًا لَهُ دَلَالَةً.

(وَإِنْ أَحْضَرَ المَالَ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَى قَبْضِهِ وَعَتَقَ العَبْدُ) وَمَعْنَى الإِجْبَارِ فِيهِ وَفِي سَائِرِ الحُقُوقِ

أنه لو اشترى شيئاً بعبد مملوكٍ للغير صح العقد، فكذا هاهنا، إلا أنَّ ثمَّة إذا أبى المالك أن يجيز يفسخ العقد، وهنا لا ينفسخ؛ لأن تعذر التسليم يوجب المصير إلى تسليم القيمة، والقيمة يجوز أن تكون أصلًا في حقِّ التسليم، فإنه لو أعتق على حيوان فجاء بالقيمة يجبر على القبول، ولا مدخل للقيمة في باب البيع، فمن هذا الوجه افترقا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَلَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِأَدَاءِ المَالِ صَحَّ؛ لأن الإعتاق من قبيل الإسقاطات فيصحُّ فيه التعليق.

وذكر في «المبسوط»: وإن قال لعبده: إن أدَّيتَ إليَّ ألفاً فأنت حرٌّ، لم يكن مكاتباً ولم يعتق حتى يؤدي؛ لأن الكتابة توجب المال على المكاتب بالقبول فيثبت له بمقابلته ملك اليد والمكاسب، وهاهنا المال لا يجب على العبد فلا يثبت له ملك اليد والمكاسب، ولكن هذا اللفظ من المولى تعليق لعتقه بأداء المال، فيكون كالتعليق بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج إلى قبول العبد، ولا يبطل بالردَّة، ولا يمتنع على المولى بيعه، ولكن إذا جاءه بالمال عتق، وليس للمولى أن يمتنع من قبوله عندنا استحساناً، وفي القياس له ذلك، وهو قول زفر رحمه الله.

قوله: وَمُرَادُهُ التِّجَارَةُ دُونَ التَّكَدِّي؛ لأنَّها هي المشروعة عند الاختيار.

وذكر في «المبسوط»: ولم يرد به الاكتساب بالتكدِّي؛ لأنه يدنِي المرء ويخسِّسه.

أَنَّهُ يَنْزِلُ قَابِضًا بِالتَّخْلِيَةِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ وَهُوَ القِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ إِذْ هُوَ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا، وَلِهَذَا لا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ العَبْدِ وَلا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ وَلا جَبْرَ عَلَى مُبَاشَرَةِ شُرُوطِ الأَيْمَانِ؛ لِأَنَّهُ لا اسْتِحْقَاقَ قَبْلَ وُجُودِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ وَالبَدَلُ فِيهَا وَاجِبٌ، وَلَنَا أَنَّهُ تَعْلِيقٌ نَظَرًا إِلَى اللَّفْظِ وَمُعَاوَضَةٌ نَظَرًا إِلَى المَقْصُودِ؛ لِأَنَّهُ مَا عَلَّقَ عِتْقَهُ بِالأَدَاءِ إِلَّا

قوله: أَنَّهُ يَنْزِلُ قَابِضًا، أي: المولى يصير قابضـًا بعد التخلية ورفع المانع، سواءٌ قبضَ أو لم يقبض، يعني: ومعنى الإجبار هو أن ينزل قابضـًا، لا أن يكون معنى الإجبار في القبض ما هو المفهوم عند الناس، هو أن يكره على القبض بالبَراجم بالحبس أو بالضرب.

قوله: إِذْ هُوَ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ لَفْظًا، احتراز عن الكتابة فإنَّها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبده: كاتبتُك على كذا من المال، صحت الكتابة، وليس فيه تعليق لفظي؛ لأن التعليق اللفظي إنما يكون بألفاظ الشرط.

قوله: وَلِهذَا لا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَبُولِ العَبْدِ، إيضاح لقوله: لِأَنَّهُ تَصَرُّفُ يَمِينٍ.

وذكر فخر الإسلام، والإمام التمرتاشي رحمهما الله: ومتى جاء به أجبر المولى على قبوله، أي: ينزل قابضـًا إذا خلى بينه وبين الألف، والقياس أن لا يجبر؛ لأن الحالف لا يجبر على الحنث وهذا حالف، ولهذا يمكنه أن يبيعه قبل الأداء، ولو تبرَّع به غيرُه أو مات المولى فأدَّى العبد إلى وارثه لم يعتق.

ولو مات العبدُ وترك مالًا فللمولى ولا يعتق، ولو حطَّ عنه البعض بطلبه فأتى بالباقي لا يعتق لعدم الشرط، ولو كاتبَ أمةً فولدت ثم أدت لا يعتق ولدها لعدم السراية، ولو أبرأه عن هذا المال لا يعتق، ولا يصير العبد أحق بإكسابه في الحال، حتى كان للمولى أن يأخذ من كسبه بغير رضاه، بخلاف الكتابة في هذا كله.

ولنا أنه يمين ابتداءً كما ذكر ومعاوضة انتهاءً؛ لأن العتق يقابل بالمال عند الأداء،

لِيَحُثَّهُ عَلَى دَفْعِ المَالِ فَيَنَالَ العَبْدُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ وَالمَوْلَى المَالَ بِمُقَابَلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الكِتَابَةِ، وَلِهَذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثْلِ هَذَا اللَّفْظِ حَتَّى كَانَ بَائِنًا فَجَعَلْنَاهُ تَعْلِيقًا فِي الِابْتِدَاءِ عَمَلًا بِاللَّفْظِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَوْلَى حَتَّى لا يَمْتَنِعَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ، وَلا يَكُونُ العَبْدُ أَحَقَّ بِمَكَاسِبِهِ وَلا يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ المَوْلُودِ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الِانْتِهَاءِ عِنْدَ الأَدَاءِ دَفْعًا لِلْغُرُورِ عَنِ العَبْدِ حَتَّى يُجْبَرَ المَوْلَى عَلَى القَبُولِ، فَعَلَى هَذَا يَدُورُ الفِقْهُ وَتَخْرُجُ المَسَائِلُ، نَظِيرُهُ الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ.

فباعتبار جهة المعاوضة أجزناه.

قوله: وَلِهذَا كَانَ عِوَضًا فِي الطَّلَاقِ فِي مِثْلِ هذَا اللَّفْظِ، بأن يقول: إن أديتَ إليَّ ألفًا فأنت طالق.

قوله: وَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً فِي الِانْتِهَاءِ عِنْدَ الأَدَاءِ، فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضةً؛ لأن البدل والمبدل عند الأداء كله للمولى.

قلنا: لمَّا ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذي بيَّنا ثبتَ شرط صحته اقتضاءً، وهو أن يصير العبد أحقَّ بالمؤدى، فيثبت هذا سابقًا على الأداء متى وجد الأداء، فصار كما إذا كاتبَ عبده على نفسه وماله، وكان اكتسب مالًا قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدَّى ذلك عتق، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

قوله: فَعَلَى هذَا يَدُورُ الفِقْهُ وَتَخْرُجُ المَسَائِلُ، أي: فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهي وخرجت المسائل المتعارضة، يعني: أن قوله: إن أديت إليَّ ألف درهم فأنت حر، ألحق في بعض الأحكام بمحض التعليق، وهي على ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول؛ لأنه لمَّا كان هذا اللفظ تعليقًا نظرًا إلى اللفظ، ومعاوضةً نظرًا إلى المقصود عملنا بالشبهين، حتى عملنا بشبه التعليق في حالة الابتداء، وعملنا بشبه المعاوضة في حالة الانتهاء.

قوله: كَمَا فِي الهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ، فإنه هبة ابتداءً حتى لم يجز في المشاع واشترط

وَلَوْ أَدَّى الْبَعْضَ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَعْتِقُ مَا لَمْ يُؤَدِّ الْكُلَّ لِعَدَمِ الشَّرْطِ كَمَا إِذَا حَطَّ الْبَعْضَ وَأَدَّى الْبَاقِيَ، ثُمَّ لَوْ أَدَّى أَلْفًا اكْتَسَبَهَا قَبْلَ التَّعْلِيقِ

القبض في المجلس، وبيع انتهاءً حتى لم يتمكن الواهبُ من الرجوع وجرت الشفعة في العقار.

وذكر في «المبسوط»: وجه الاستحسان أنه مملوك تعلق عتقُه بأداء مال معلوم إلى المولى، فإذا خلى بين المال والمولى يعتق كالمكاتب، وتأثيره أنَّ هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق، وباعتبار المعنى والمقصود كتابةٌ؛ لأنه حثَّه على اكتساب المال ورغبه بما جعلَ له من العتق، وليست الكتابة إلا هذا، وهذا المال عوضٌ من وجه، ألا ترى أن في زوجته الطلاق بهذا الصفة يكون بائناً، وأن المولى لو وجد المال زيوفاً فردَّه، كان له أن يستبدله بالجياد، وما تردّد بين أصلين يوفر حظه عليهما، فوفرنا عليه حكم التعليق في الابتداء لمراعاة لفظ المولى ودفع الضَّرر عنه، ووفرنا عليه معنى الكتابة في الانتهاء لدفع الضرر والغرور عن العبد، فقلنا كما وضع المال بين يدي المولى يعتق، وأمَّا إذا باعه المولى ثمَّ اشتراه فقد رُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا جاءه بالمال يعتق، وهذا وما قبل البيع سواءٌ؛ لأن التعليق لا يبطل بالبيع.

وعلى ما ذكر في «الزيادات» أنه لا يجبر المولى على القبول العذر واضحٌ، فإن معنى التعليق لا يبطل بالبيع، ولكن معنى الكتابة يبطل بنفوذ البيع فيه، وإجبار المولى على القبول كان من حكم الكتابة، وقد بطل ذلك بنفوذ البيع فيه، فلهذا لا يُجبر على القبول بعده، فأمَّا قبل البيع فمعنى الكتابة باقٍ كما بيَّنا.

قوله: وَلَوْ أَدَّى الْبَعْضَ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ، هكذا في «الإيضاح» أيضاً وعلَّل فقال: لأن هذا الذي أتى به بعض تلك الجملة، فإذا ثبت الإجبار على القبول في الكل ظهر في البعض كما في الكتابة.

وذكر في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله: أنه لا يجبر على قبول البعض؛ لأن معنى الكتابة عندنا يثبت لا من جهة أنه أعتق بمال أداه إلى المولى، وإنما يعتق بأداء جميع المال، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة.

قوله: كَمَا إِذَا حَطَّ الْبَعْضَ وَأَدَّى الْبَاقِيَ، بأن قال العبد للمولى: حط عنِّي من الألف

رَجَعَ المَوْلَى عَلَيْهِ وَعَتَقَ لِاسْتِحْقَاقِهَا، وَلَوْ كَانَ اكْتَسَبَهَا بَعْدَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ

شيئًا، فحطَّ عنه المولى وأدى الباقي لم يعتق؛ لأن هذا يمين لفظًا، فإذا حطَّ عنه بعض الشرط لم يعمل حطه، كما إذا قال: إن كلمت زيدًا أو عمروًا فأنت حرٌّ، ثم قال: حططت عنك كلام أحدهما، فإنه لا يصح فإن الحط فسخٌ؛ لأنَّ قدر المحطوط يخرج عن العقد، واليمين لا يحتمل الفسخ، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام» رحمه الله.

وذكر في «المبسوط»: فلو حطَّ عنه المولى مائة درهم وأدَّى تسعمائة لم يعتق، ألا ترى أنه لو أبرأه عن جميع المال لم يعتق؛ وهذا لأن الشرط وجود أداء الألف فلا يتمُّ بأداء تسعمائة، بخلاف الكتابة، فإنَّ المال هناك واجبٌ على المكاتب، فيتحقق إبراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو حط بعضه، وهاهنا لا مالَ على العبد فالحطُّ والإبراء باطل.

ولا يعتق ما لم يتم الشرط، وليس للعبد أن يسترد من المولى ما أخذ منه؛ لأن كسبه مملوك لمولاه، وهو نظير ما لو قال له مولاه: إذا خدمتَني سنةً فأنت حرٌّ، فخدمه أقل من سنة وتجاوز المولى عما بقيَ لم يعتق؛ لأن الشرط لم يتم.

قوله: رَجَعَ المَوْلَى عَلَيْهِ وَعَتَقَ لِاسْتِحْقَاقِهَا، وقوله: لِاسْتِحْقَاقِهَا، تعليل الرجوع لا تعليل العتق، أي: يرجع المولى على العبد بألف مثلها؛ لما أن تلك الألف التي أدَّاها كانت مستحقة من جانب المولى؛ لأن التقدير أن تلك الألف كان حصل للعبد قبل هذا التعليق، فالعبد وما في يده لمولاه، فلمَّا أدى ملك المولى لمولاه وعتق لوجود شرط التعليق وجبَ عليه ألف أخرى؛ لأن المولى إنما رضيَ بعتقه بمقابلة ألف تحصل له.

ووضع هذه المسألة في «المبسوط» في الأمة فقال: فإن أدت الألف من مال مولاها عتقت لوجود الشرط، وللمولى أن يرجع عليها بمثله؛ لأن مقصود المولى لم يحصل بهذا، فإنَّ مقصوده أن يحثها على الاكتساب لتؤدي من كسبها، فيملك المولى ما لم يكن له مالكًا قبل هذا، وبأداء مال المولى إليه لا يحصل هذا المقصود، فيرجع عليها بمثله دفعًا للضرر عنه.

وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا العتق فلوجود شرط الحنث؛ لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث، كما لو غصبَ مال إنسان فأداه عتق، كذا هاهنا، ويرجع المولى

مَأْذُونٌ مِنْ جِهَتِهِ بِالأَدَاءِ مِنْهُ، ثُمَّ الأَدَاءُ فِي قَوْلِهِ إِنْ أَدَّيْتَ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ تَخْيِيرٌ، وَفِي قَوْلِهِ: إِذَا أَدَّيْتَ لا يَقْتَصِرُ؛ لِأَنَّ إِذَا تُسْتَعْمَلُ لِلْوَقْتِ بِمَنْزِلَةِ مَتَى.

(وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ فَالقَبُولُ بَعْدَ المَوْتِ) لِإِضَافَةِ الإِيجَابِ إِلَى مَا بَعْدَ المَوْتِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ أَنْتَ حُرٌّ غَدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ أَنْتَ مُدَبَّرٌ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ حَيْثُ يَكُونُ القَبُولُ إِلَيْهِ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّ إِيجَابَ

عليه؛ لأنه لم يسلم إليه العوض.

قوله: إِنْ أَدَّيْتَ يَقْتَصِرُ عَلَى المَجْلِسِ، ولا يقال: فلمَّا أدى في المجلس كان المجلس متبدلًا؛ لأن مجلس الأداء غير مجلس التعليق، كما أن مجلس المناظرة غير مجلس التعليق، وهناك يتبدل، فكذا هذا.

لأنا نقول: إنما لزم هذا من ضرورة تحقيق أحد حكمي التعليق وهو الحنث فكان مستثنى، كما أنَّ ما لزم من ضرورة تحقيق الحكم الآخر للتعليق وهو البر في قوله: لا يلبس هذا الثوب، وهو لابسه صار قدر اللبس الذي يوجد عند النزع مستثنًى، لتحصيل مقصود الحالف.

قوله: فَالقَبُولُ بَعْدَ المَوْتِ، إلى **قوله:** إِلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ المَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينـًا.

فإن قيل: فلمَّا لم يجب المال في المدبر على الألف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول؟

قلنا: هذا تعليق التدبير بالقبول لا إيجاب المال بالقبول، فكان بمنزلة قوله: إن قبلت ألف درهم فأنت مدبر، فقبل كان مدبرًا فيجوز تعليق التدبير بالقبول، وإن لم يجب المال كما لو علق تدبيره بدخول الدار فدخل كان مدبرًا وإن لم يجب المال، ثم إنَّما يجب المال مع قبوله لقيام الرق؛ لأن المدبر ملك المولى، والمولى لا يستوجب على مملوكه دينـًا فيسقط المال ضرورةً، بخلاف ما لو أعتقه على مالٍ؛ لأن هناك المال يجب على المعتق، والمولى يستوجب على معتقه مالًا، كذا في «الذخيرة».

التَّدْبِيرِ فِي الحَالِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ المَالُ لِقِيَامِ الرِّقِّ، قَالُوا: لا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، وَإِنْ قَبِلَ بَعْدَ المَوْتِ مَا لَمْ يُعْتِقْهُ الوَارِثُ؛ لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْإِعْتَاقِ، وَهَذَا صَحِيحٌ.

ثم إنَّما افترق وقت القبول حيث اعتبر القبول في الحال في قوله: أنت مدبر على الألف؛ لأنه قابل الألف في التدبير بحق الحرية، وحق الحرية متحقق قبل الموت، واعتبر القبول بعد الموت في قوله: أنت حرٌّ بعد موتِي على ألفٍ؛ لأنه قابل الألف بحقيقة الحرية، وحقيقة الحرية بعد الموت، فيعتبر القبول بعد الموت أيضاً.

قوله: قَالُوا: لا يُعْتَقُ عَلَيْهِ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، وهي: قول المولى لعبده: أنت حرٌّ بعد موتِي على ألف، وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث أو الوصي أو القاضي، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَهذَا صَحِيحٌ، أي: قولهم إنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث؛ لما ذكر في الكتاب وهو أن الميت ليس بأهل للإعتاق في ذاك الوقت.

فإن قلتَ: أهلية المعلق لذلك الحكم ليست بشرط حال وجود الشرط؛ لأن اعتبار الأهلية إنَّما كان وقت التعليق لا وقت وجود الشرط، وفي وقت وجود الشرط إنَّما يعتبر أهلية المحل لذلك الحكم لا أهلية المعلق، ألا ترى أن الرجل إذا علق طلاق امرأته أو عتاق عبده بدخول الدار ثم جنَّ فوجد الشرط وهو مجنون يقع الطلاق والعتاق، وكذلك يثبت العتق في مسألة المدبر على ما يجيء بمجرَّد الموت من غير وقف إلى إعتاق الوارث، عُلم بِهذا أن الأهلية ليس بمشروطة وقت وجود الشرط.

قلتُ: الفرق بين مسألتنا هذه وبين تلك المسائل بوجهين:

أحدهما: أن اختلال الأهلية في تلك المسائل في حق المعلق لا غير، وفي مسألتنا الاختلال في موضعين: في حق المعلق، وفي حق المحل، فإن المحلَّ وهو العبد صار للوارث، فلم يمكن تنفيذ ما علقه الميت من الإعتاق في ملك الغير، أمَّا في مسألة الجنون فإن ملك المعلق لم يتغير، فيراعى صفة المعلق في وقت التعليق؛ لأن ذلك وقت تصرفه وصفة المحل

قَالَ: (وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ فَقَبِلَ العَبْدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ مِنْ سَاعَتِهِ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ فِي مَالِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: عَلَيْهِ

في وقت وجود الشرط؛ لأن ذلك وقت اتصال الحكم به، فلما يتغير الملك فيه وقت وجود الشرط والطلاق والعتاق؛ لما أنَّ التعليق وقع صحيحاً وقت التعليق، وأمَّا في مسألة المدبر فلمَّا لم يتعلق عتقه بشيء آخر بعد العتق، كان تصرف الميت بالإعتاق نافذًا في ثلثه بغير توقف، إذا لم يكن له مال غيره وسعى في الثلثين.

وأمَّا في مسألتنا تعلق عتقه بعد الموت بقبوله الألف، فقبل أن يقبله دخل في ملك الغير، فلذلك لم يصح عتقه من غير إعتاق ذلك الغير.

والثاني: هو ما ذكره الإمام قاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله، وإنَّما لم يعتق هاهنا بدون إعتاق الوارث؛ لأن العتق تأخَّر عن الموت إلى أن يقبل، والعتق متى تأخَّر عن الموت لا يثبت إلا بإثبات واحد من هؤلاء من الوارث، والوصي، والقاضي؛ لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق؛ وذلك لأنه لمَّا كان لا يعتق إلا بالقبول لم يكن العتق معلقاً بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يعتقُ إلا بإعتاق واحد من هؤلاء، كما لو قال: أنت حرٌّ بعد موتِي بشهر، بخلاف المدبر؛ لأن عتقه تعلق بنفس الموت، فلا يشترط إعتاق أحد هؤلاء.

قوله: فَقَبِلَ العَبْدُ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، أي: العبد أو المولى على ما يجيء في الكتاب في آخر هذه المسألة.

وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: ثم ماتَ العبد ساعتئذٍ فعليه قيمة نفسه في تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله عليه قيمة خدمته أربع سنين.

ثمَّ ذكر صورة المسألة في «المبسوط»: وهي أن يقول المولى لعبده أنت حرٌّ على أن تخدمني سنةً، فقبل فهو حرٌّ والخدمة عليه يؤخذ بِها؛ لأنه أوْجَب له العتق بقبول الخدمة، أمَّا لو قال: إن خدمتني أربع سنين فأنت حرٌّ، لا يعتق ما لم توجد الخدمة أربع سنين؛ لأنه أوجبَ له العتق بوجود الخدمة.

قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أَرْبَعَ سِنِينَ) أَمَّا العِتْقُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ الخِدْمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ عِوَضًا فَيَتَعَلَّقُ العِتْقُ بِالقَبُولِ، وَقَدْ وُجِدَ وَلَزِمَهُ خِدْمَةُ أَرْبَعِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا فَصَارَ

ثم قال: فإن مات المولى فللورثة أن يأخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وفي قول محمد رحمه الله إنَّما يأخذونه بما بقي من قيمة الخدمة، قال عيسى: وهذا غلطٌ، بل على قولهم جميعاً هاهنا يأخذونه بما بقي من خدمة السنة؛ لأن الخدمة دينٌ عليه، فيخلفه وارثه بعد موته، كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ثم ماتَ، كان للورثة أن يأخذوه بما بقي من الألف، ولكن في ظاهر الرواية يقول: الناس متفاوتون في الخدمة، وإنما كان الشرطُ أن يخدم المولى فيفوتُ ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد.

ولو ماتَ العبد قبل تمام السنة فللمولى أن يأخذ من تركته بقدر ما بقي عليه من خدمة السنة من قيمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وفي قول محمد رحمه الله من قيمة الخدمة، وأصل المسألة في كتاب البيوع: إذا باع نفس العبد منه بجارية، فاستحقت أو هلكت قبل القبض إلى آخره؛ لأن هذا أي: التعليل في قيمة العبد أو قيمة الجارية، بأن الناس متفاوتون في الخدمة، ليس بقوي، فإن الخدمة عبارة عن خدمة البيت، وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه، فلا يفوت بموت المولى، ولكن الأصح أن يقول: الخدمة عبارة عن المنفعة، والمنفعة لا تورث، فلا يمكن إبقاء عين الخدمة بعد موت المولى، فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه.

قوله: أَمَّا العِتْقُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ الخِدْمَةَ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ عِوَضًا فَيَتَعَلَّقُ العِتْقُ بِالقَبُولِ؛ لأن الحكم في الأعواض هكذا.

وذكر شمس الأئمَّة رحمه الله في «الجامع الصغير»: فإن العتق بعوض ينزل بقبول العوض قبل الأداء، كما لو أعتقه على مال آخر، وقال في «الفوائد الظهيريَّة»: لأن الإعتاق على الشيء يقتضي وجود القبول لا وجود المقبول.

قوله: لِأَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا؛ لأن المنفعة أخذت حكم المالية بالعقد، ولهذا صلحت

كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ.

ثُمَّ إِذَا مَاتَ العَبْدُ فَالخِلَافِيَّةُ فِيهِ بِنَاءً عَلَى خِلَافِيَّةٍ أُخْرَى، وَهِيَ أَنَّ مَنْ بَاعَ نَفْسَ العَبْدِ مِنْهُ بِجَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتِ الجَارِيَةُ أَوْ هَلَكَتْ يَرْجِعُ المَوْلَى عَلَى العَبْدِ بِقِيمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَهُمَا وَبِقِيمَةِ الجَارِيَةِ عِنْدَهُ وَهِيَ مَعْرُوفَةٌ، وَوَجْهُ البِنَاءِ أَنَّهُ كَمَا يَتَعَذَّرُ تَسْلِيمُ الجَارِيَةِ بِالهَلَاكِ وَالِاسْتِحْقَاقِ يَتَعَذَّرُ الوُصُولُ إِلَى الخِدْمَةِ بِمَوْتِ العَبْدِ، وَكَذَا بِمَوْتِ المَوْلَى فَصَارَ نَظِيرَهَا.

صداقًا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الأبضاع بالأموال.

قوله: بِقِيمَةِ نَفْسِهِ عِنْدَهُمَا، كما هو الحكم في مبادلة مال بمال إذا تعذَّر تسليم العوض يجب رد المعوض، وقد تعذَّر عليه رد المعوض وهو ردُّ رقبته فيلزمه قيمته، وفي قول أبي حنيفة الأول رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله: هذا في حكم مبادلة مال بما ليس بمال، من حيث أن السبب لم ينفسخ بهلاك العوض، وقد تعذر تسليم المسمى مع بقاء السبب الموجب للتسليم فيجب قيمته، كما في النكاح والطلاق على مال بعينه، ثم المنفعة وإن لم تكن مالًا بنفسها فإنَّها تأخذ الحكم المالية بالعقد، ولهذا صلحت صداقًا، فيمكن إيجاب قيمة أربع سنين عليه، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة رحمه الله.

وهما يقولان في مسألة إعتاق العبد على خدمته أربع سنين: إن هذا معاوضة مال بمال؛ لأن العبد مالٌ، وكذلك المنافع بإيراد العقد عليها، ولهذا لو نكحَ امرأة على منافع الدار شهرًا يجوز، ولو لم يكن مالًا في العقد لوجبَ مهر المثل، وإذا كان كل واحدٍ منهما مالًا كان هذا معاوضة مال بمال، فلمَّا كان كذلك كان هذا بمنزلة ما لو باع عبدًا بجارية ثمَّ استحقت الجارية يرجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة الجارية؛ لكونه معاوضة مال بمال، غاية ما في الباب أن العبد لا يملك نفسه حكمًا لهذا الإعتاق، لكن ذلك لا يقدح في كونه معاوضة مال بمال، ألا ترى أن من اشترى عبدًا قد أقرَّ بحريته لا يثبت الملك له في رقبته، ويكون معاوضة مال بمال، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

﴿وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجْنِيهَا فَفَعَلَ فَأَبَتْ أَنْ تَتَزَوَّجَهُ فَالعِتْقُ جَائِزٌ وَلا شَيْءَ عَلَى الآمِرِ﴾؛ لِأَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَيَقَعُ العِتْقُ عَلَى المَأْمُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ طَلِّقِ امْرَأَتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَيَّ فَفَعَلَ حَيْثُ يَجِبُ الأَلْفُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَ البَدَلِ عَلَى الأَجْنَبِيِّ فِي الطَّلَاقِ جَائِزٌ وَفِي العَتَاقِ لا يَجُوزُ،

قوله: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ تُزَوِّجْنِيهَا، ولم يذكر في عامة النسخ لفظ: عَلَى، قبل قوله: عَلَى أَنْ تُزَوِّجْنِيهَا، وهو الموافق للفظ «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة رحمه الله؛ ولأنه يستفاد معنى الوجوب من غير ذكره، والحق هو في بعض النسخ؛ ليكون أدلَّ على المراد.

ثم ذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله أن المرأة لا تجبر على تزويج نفسها بعد العتاق في المسألتين؛ لأنَّها صارت حرة مالكة أمر نفسها، بمنزلة من أعتق أمته على أن تزوِّج نفسها منه فقبلت الشرط ثم أبت التزويج بعد العتاق لم تجبر على ذلك؛ لأن اشتراط البدل على الأجنبيِّ في الطلاق جائزٌ، وفي العتاق لايجوز.

والفرق بينهما هو أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة، فإن المرأة بالطلاق لا تملك شيئاً، بل يسقط ملك الزوج عنها، ومع ذلك جاز استحقاق المال عليها شرعاً؛ فكذلك الأجنبيّ وإن كان لا يستحق بالطلاق شيئاً يجوز استحقاق المال عليه إذا ضمن، بخلاف العتاق فإن الأجنبيَّ في باب العتاق ليس كالعبد، فإن العبد بالعتاق يملك نفسه وتثبت له قوة حكميَّة لم تكن له قبل ذلك، فإن نفسه لم تكن مملوكة له، وإنَّما كانت مملوكة لمولاه فكان العتق على مال في معنى المعاوضة، فاستحق عليه البدل لسلامة المعوض له، والأجنبيّ لا يسلم له شيء بهذا الضمان فلا يجوز استحقاق العوض عليه؛ لأنَّ استحقاق جميع العوض على من لم يسلم له شيء من المعوض غير مشروع، كاشتراط الثمن على غير المشتري، فلا يجوز استحقاق البدل على الآمر، إلى هذا أشار صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. (وَلَوْ قَالَ: أَعْتِقْ أَمَتَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا قُسِّمَتِ الأَلْفُ عَلَى قِيمَتِهَا وَمَهْرِ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، وَمَا أَصَابَ المَهْرَ بَطَلَ عَنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ عَنِّي تَضَمَّنَ الشِّرَاءُ اقْتِضَاءً عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَقَدْ قَابَلَ الأَلْفَ بِالرَّقَبَةِ شِرَاءً وَبِالبُضْعِ نِكَاحًا فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا، وَوَجَبَتْ

قوله: وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، أي: في الخلع في مسألة خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة.

قوله: وَالمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا - أي: قال على أن تزوجنيها، ففعل فأبت أن تزوجه - قُسِّمَتِ الأَلْفُ عَلَى قِيمَتِهَا وَمَهْرِ مِثْلِهَا، فَمَا أَصَابَ القِيمَةَ أَدَّاهُ الآمِرُ، فإن قلتَ: هاهنا شبهتان موجهتان:

إحداهما: هيَ أنه وجب أن لا تعتق الأمة قبل القبض؛ لأن البيع فاسدٌ فيها؛ لأنه بيعٌ بما يخصها من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها، وأنه فاسد والفاسد لا يفيد الملك بدون القبض، ألا ترى أنه لو قال: أعتقها عني، فأعتقها عنه كان العتق عن المأمور؛ لأنه استيهاب والهبة لا تفيد الملك بدون القبض.

والثانية: أن العوض لو وجبَ في هذا ينبغي أن يكون ذلك العوض القيمة، لا ما يخصها من الألف التي قسمت على قيمتها ومهر مثلها؛ لأن البيع فاسدٌ لما ذكرنا؛ أو لأنه أدخل النكاح في البيع، وإدخال الصفقة في الصفقة مفسدٌ للبيع، والبيعُ الفاسد موجبٌ لقيمة المبيع كاملةً، والقول هنا بما يخصُّه من الثمن موجب البيع الصحيح، كما إذا جمع بين عبدٍ ومدبَّر، أو بين عبده وعبد غيره صحَّ البيعُ في العبد بحصته من الثمن على ما يأتِي في كتاب البيوع إن شاء الله تعالى.

قلتُ: أمَّا الأولى: فقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في جوابِها أن الأمةَ تنتفعُ بِهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضةً نفسها أدنى قبضٍ، ولكن أدنى القبض يكفي في البيع الفاسد ولا يكفي في الهبة، كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمةَ، ومع اتصال الثمار على رؤوس الأشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة، فبهذا اتضح الفرق، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

حِصَّةُ مَا سَلَّمَ لَهُ وَهُوَ الرَّقَبَةُ وَبَطَلَ عَنْهُ مَا لَمْ يُسَلَّمْ وَهُوَ الْبُضْعُ، فَلَوْ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا مِنْهُ لَمْ يَذْكُرْهُ، وَجَوَابُهُ أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَهِيَ لِلْمَوْلَى فِي الْوَجْهِ الثَّانِي، وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا لَهَا فِي الْوَجْهَيْنِ.

وأمّا الثانية: فإن منافع البضع متقومةٌ عند إيراد العقد عليها، وقِران ما هو متقوّم في نفسه غير مفسد للبيع، وإن كان يجب للمبيع ما يخصه من الثمن على ما مرَّ فيمن جمعَ بين عبد ومدبر في البيع، هذا على تقدير دعوى الفساد بسبب قران منافع البضع، وأمّا على تقدير إدخال الصفقة في الصفقة فنقول: النكاح ثبت ضمناً للبيع هاهنا فلا يلتفتُ لوجوده، فإن الأحكام في الضمنيات تثبت بشروط المتضمّن، لا بشروط المتضمن، وذكر فخر الإسلام، والإمام الكشاني رحمهما الله: ولم يبطل البيع بشرط النكاح؛ لأنه مدرجٌ في الإعتاق فأخذ حكم الإعتاق، فلم يبطل بالشرط الفاسد كالإعتاق.

قوله: فَلَوْ زَوَّجَتْ، أي: في المسألتين، لَمْ يَذْكُرْهُ، أي: في «الجامع الصغير».

قوله: أَنَّ مَا أَصَابَ قِيمَتَهَا سَقَطَ – لعدم صحة الضمان – فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ – وهو ما إذا لم يقل فيه عني – وَهِيَ لِلْمَوْلَى فِي الْوَجْهِ الثَّانِي – أي: حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني – وَمَا أَصَابَ مَهْرَ مِثْلِهَا كَانَ مَهْرًا، للأمة في الوجه الذي قال فيه عني أو لم يقل.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: فإن تزوّجت فلها مهرها ولا يكون عتقها مهرًا؛ لأنه ليس بمال، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جعل العتق مهرًا؛ «لأنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفيةَ ونكحها وجعل عتقها مهرها».

قلنا: كان النبي صلّى الله عليه وسلّم مخصوصاً بالنكاح بغير مهر، فإن أبت أن تنكحه فعليه قيمتها؛ لأن الشرط فاتَ، وكذا لو أعتقت عبدًا على أن يتزوجها، فإن فعلَ فلها مهرها وإن أبى فعليه قيمته، والله تعالى أعلم.

(بَابُ التَّدْبِيرِ)

باب التدبير

لمَّا فرغ من بيان ذكر الإعتاق المطلق عن القيد شرعَ في بيان الإعتاق المقيَّد، وهو التدبير؛ وذلك لما قرع سمعك مرارًا أن المقيَّد بمنزلة المركب، والمطلق بمنزلة المفرد، والمركب بعد المفرد لا محالة.

ثم يحتاج هاهنا إلى بيان التدبير لغةً وشرعـًا، وبيان الألفاظ التي يصير العبد بِها مدبرًا، وبيان حكمه.

ذكر في «الصحاح»: التدبير في الأمر أن تنظر إلى ما يوؤل إليه عاقبته، والتدبير: عتق العبد عن دبر، وهو أن يعتق بعد موت صاحبه.

وفي «المبسوط»: التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك عن دبر منه، مأخوذ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في أم الولد: «فهي معتقه عن دبر منه»، هذا هو بيان اللغة والشرع فيه.(١)

وأمَّا الألفاظ فقد ذكر في «التحفة»، و«الإيضاح»، فيصح التدبير المطلق بثلاثة ألفاظ:

أحدها: بصريح اللفظ مثل أن يقول: دَبَّرْتُكَ، أَوْ أَنْتِ مُدَبَّرٌ، وروى هشام عن محمد رحمهما الله: إذا قال لعبده أنتَ مدبر بعد موتِي إنه يصير مدبرًا للحال؛ لأن المدبر اسمٌ لمن يعتق عليه عن دُبر موته، وقوله: أنت مدبَّر بعد موتِي، وأنت حرٌّ بعد موتِي سواء، وكذا إذا

(١) في بعض النسخ زيادة: وهو العتق الواقع في دبر الإنسان، أي: بعده مأخوذ منه، وحقيقته أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق.

(إِذَا قَالَ الْمَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي أَوْ أَنْتِ مُدَبَّرٌ أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا) ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الأَلْفَاظَ صَرِيحٌ فِي التَّدْبِيرِ فَإِنَّهُ إِثْبَاتُ الْعِتْقِ عَنْ دُبُرٍ (ثُمَّ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلا هِبَتُهُ وَلا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى الْحُرِّيَّةِ) كَمَا

قال: أعتقتك بعد موتي أو أنت حر دبر موتي.

والثاني: بلفظ اليمين بأن قال: إن متُّ فأنت حرٌّ، أو إن حدثَ بي حدثٌ فأنت حر عتقَ بالموت، وكذلك إذا قال أنت حرٌّ مع موتي؛ لأن هذا تعليق العتق بالموت، فإن اقتران الشيء بالشيء يقتضي وجوده، فكان إثباتاً للعتق في حال وجود الموت، وكذلك لو قال في موتي؛ لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل يصير شرطاً، كقوله أنت طالق في دخولك الدار، وكذلك إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك؛ لأن معنى الكل واحدٌ.

والثالث: بلفظ الوصية بأن قال: أوصيتُ لك برقبتك أو قال: أوصيتُ لك بعتقك أو بنفسك فالكل سواء وهو وصية بالعتق؛ لأن العبد لا يملك نفسه، فكان الوصية بالنفس وصية بالعتق في حق نفسه.

وكذلك إذا قال: أوصيت لك بثلث مالي؛ لأن رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته، والإيصاء للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته؛ لأنه لا يثبت له الملك في رقبته كبيع نفس العبد منه إعتاق، فيصيرُ كأنه قال: أنت حر بعد موتي.

وأمَّا حكمه فهو ما ذكر في الكتاب بقوله: **ثُمَّ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلا هِبَتُهُ**، إلى آخره، فحاصله أن حكمه أن تعتق في آخر جزء من أجزاء حياته إن كان يخرج من الثلث، فإن لم يخرج يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه.

وأمَّا حكمه في حال حياة المولى وهو أن يثبت له حق الحرية فلا يجوز إخراجه عن ملكه إلا بالإعتاق أو بالكتابة، ولا يجوز فيه تصرف يبطل حقه، فأمَّا ما لا يبطل حقه يجوز، فلذلك جاز تزويج المدبرة وإجارتها ووطئها واستخدامها؛ لأن هذا تصرُّف في المنفعة، وتصح هذه التصرفات مع حقيقة الحرية فمع التدبير أوْلَى، فإكساب المدبر والمدبرة ومهرها

فِي الكِتَابَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِهِ البَيْعُ وَالهِبَةُ كَمَا فِي سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ وَكَمَا فِي المُدَبَّرِ المُقَيَّدِ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ وَهِيَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنْ ذَلِكَ، وَلَنَا قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «المُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ» وَلِأَنَّهُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ؛ لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ؛ ثُمَّ جَعْلُهُ سَبَبًا فِي الحَالِ أَوْلَى لِوُجُودِهِ فِي الحَالِ وَعَدَمِهِ بَعْدَ المَوْتِ؛ وَلِأَنَّ مَا بَعْدَ المَوْتِ حَالُ بُطْلَانِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ فَلَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانِ بُطْلَانِ الأَهْلِيَّةِ، بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ؛ لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ السَّبَبِيَّةِ قَائِمٌ قَبْلَ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ

وأرشها للمولى؛ لأن المدبر باقٍ على ملكه، ولا يجوز رهن المدبر؛ لأن الثابت بعقد الرهن يد الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء ممتنعة في المدبر، فكذا إثبات يد الاستيفاء.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بِالشَّرْطِ، وذلك لا يمنع جواز البيع، كما لو علقه بشرط آخر من دخول الدار أو مجيء رأس الشهر.

قوله: وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ، حتى يعتبر من ثلث المال بعد الموت، والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره، كما لو أَوْصَى برقبته لإنسان؛ وهذا لأن الوصية إيجاب بعد الموت فتمنع الإضافة ثبوت حكم الوجوب في الحال.

وحجتنا حديث نافع عن ابن عُمر رضي الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يُباع المدبر ولا يوهب»، هذا كله من «المبسوط».

قوله: مِنْ ذَلِكَ، إشارة إلى البيع والهبة.

قوله: لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ - أي: بالإجماع - وَلَا سَبَبَ غَيْرُهُ، أي: غير التدبير، فيكون التدبير سبباً في الحال.

بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ، **قوله:** بِخِلَافِ سَائِرِ التَّعْلِيقَاتِ، متعلق **بقوله:** حَالُ بُطْلَانِ

وَاليَمِينُ مَانِعٌ وَالمَنْعُ هُوَ المَقْصُودُ، وَأَنَّهُ يُضَادُّ وُقُوعَ الطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ، وَأَمْكَنَ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ.

قوله: وَاليَمِينُ مَانِعٌ، أي: لانعقاد السببية.

قوله: وَأَنَّهُ يُضَادُّ، أي: وأن المنع يضاد وقوع الطلاق؛ لأنه يمنعه فلا يكون سبباً؛ لأن أدنى درجات السبب أن يكون موصولًا، وهذا مانع فلا يكون سبباً، بخلاف ما نحن فيه مع إمكان تأخير السببية في سائر التعليقات إلى حال وجود الشرط، ولو أخَّرنا السببية هاهنا إلى حال وجود الشرط لكان إلغاء كلامه حينئذٍ من كل وجهٍ لبطلان الأهلية في ذلك الوقت.

فإن قلتَ: وجود أهلية المعلق حال وجود الشرط ليس بشرطٍ، لما مرَّ في باب العتق على جعل أن الرجل إذا علق طلاق امرأته أو عتاق عبده بدخول الدار، ثم جنَّ ثم وجد الشرط وهو مجنونٌ يقع الطلاق والعتاق، فلمَّا لم يشترط بقاء الأهلية في ذلك الوقت كان هذا التعليق بمنزلة سائر التعليقات، وسائر التعليقات ليس بسبب في الحال فيجبُ أن يكون هذا كذلك.

قلتُ: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الأهلية فيما نحن فيه تبطل من كل وجهٍ، وفي مسألة المجنون تبطل الأهلية من وجه دون وجهٍ، فإن المجنون أهلٌ للملك وزواله، وإن لم يكن هو أهلًا لإيقاع الطلاق، ألا ترى أن وليه لو زوج له امرأة يصح النكاح، ولو باشر هو بنفسه لأسباب حرمة المصاهرة تثبت الفرقة بينه وبين منكوحته، وهاهنا تبطلُ الأهلية من كل وجهٍ، ألا ترى أن نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون، فلمَّا كان كذلك لم يلزم من عدم اشتراط مثل تلك الأهلية التي هي بطلان من وجه دون وجه، عدم اشتراط مثل هذه الأهلية التي فيها بطلان الأهلية من كل وجه.

والثاني: أن فيما نحن فيه تعليق العتق ابتداءً بحال بطلان الأهلية من وقت التعليق، فلو لم نقل أنه سبب في الحال يلغو كلامه من كل وجه لبطلان الأهلية حال وجود الشرط قطعاً.

وأمَّا في مسألة المجنون فقد صحَّ التعليق لصدوره من أهله مضافاً إلى محله، والظاهر بقاء أهليته وقت وجود الشرط؛ لأن الظاهر من كلِّ موجود بقاؤه واستمراره باستصحاب الحال، فلمَّا صح التعليق لم يبطل بعروض الجنون بعده، لكون المجنون أهلًا من وجه لحكم

تَأْخِيرُ السَّبَبِيَّةِ إِلَى زَمَانِ الشَّرْطِ؛ لِقِيَامِ الأَهْلِيَّةِ عِنْدَهُ فَافْتَرَقَا؛ وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ وَالوَصِيَّةُ

التعليق على ما ذكرنا؛ ولأن المعلَّق به هاهنا وهو الموت قاصرٌ في معنى الشرطية، فلا يكون التعليق به بمنزلة التعليق بسائر الشروط، فلم يمتنع هذا التعليق عن كونه سبباً في الحال.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأن الشرط هو معدوم على خطر الوجود، وللحكم تعلق به على ما مرَّ في الطلاق من لفظ الكتاب، وإذا كان كذلك فالموت كائنٌ لا محالة فلا يكون التعليق به مثل التعليق بسائر الشروط، فلا يمنعه عن السببية في الحال.

فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا قال: أنت طالق إذا جاء غدٌ، وهو ليس بسبب في الحال مع أن مجيء الغد كائن لا محالة كالموت.

قلنا: لا نسلم أنه كائن لا محالة، فإنه من الجائز أن تقوم القيامة قبل مجيء الغد، ولا يجوز أن يقال: جاز أن تقوم القيامة قبل موت المولى.

أو نقول: إن الكلام في الأعم والأغلب، فإن الأعم في سائر التعليقات أن لا يكون كائناً لا محالة لتحقيق معنى الشرطية، فلا يرد الأفراد مثل الغد علينا نقضاً، وخص التعليق بالموت في كونه سبباً بالحديث الذي ذكرنا.

أو نقول: وهو الأصح من الجواب، وهو أن التعليق بمجيء الغد ليس بسبب في الحال؛ لأنه ليس بسبب موجب للخلافة، والتدبير فيه معنى الخلافة؛ لأن فيه معنى الوصية على ما نذكر، فلمَّا لم يكن في التعليق بالغد معنى الخلافة لم يصر سبباً في الحال، بخلاف التدبير، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ، فإن قلتَ: على تعليله بالوصية ترد شبهتان موجهتان:

إحداهما: أن التدبير لو كان وصيةً للمدبر كان ينبغي أن يبطل التدبير إذا قتل المدبر سيده؛ لأن الوصية لا تجوز للقاتل سواءٌ كان الجرح قبل الوصية أو بعدها، ولا يبطل التدبير هاهنا بالقتل، ذكره في وصايا «الأسرار».

والثانية: هي أن إلحاقه بالوصية في الدعوى التي هو فيها لا يستقيم؛ لأن دعواه أنه لا يجوز

خِلَافَةٌ فِي الحَالِ كَالوِرَاثَةِ وَإِبْطَالُ السَّبَبِ لَا يَجُوزُ، وَفِي البَيْعِ وَمَا يُضَاهِيهِ ذَلِكَ.

بيع المدبر، وفي الوصية يجوز للموصي أن يبيع الموصى به، فكان هو رجوعاً منه على ما يأتِي في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى، وقد ذكرنا هنا أيضاً في تعليل الشافعي رحمه الله أن الوصية لا تمنع البيع، فعلم بهذا أن التعليل بالوصية لا يثبت ما ادَّعاه.

قلتُ: أمَّا الجواب عن الأولى فهو أن التدبير إن كان وصيةً فهو تعليق العتق أيضاً بالموت، والموت يتحقق بالقتل، وفي وجود الشرط لا يتفاوت بين أن يكون الشرط حراماً محضاً أو مباحاً، فالقتل بغير حق يجوز أن يكون شرط عتق، وكذا سائر المعاصي، وأمَّا بطلان الوصية بالقتل فهو في الوصية المحضة، لا أن يكون الموت شرط شيء آخر سوى الوصية، إلى هذا أشار في «الأسرار».

وأمَّا الجواب عن الثانية فإنما يصح بيع الموصى به إذا لم يتعلق به حق الغير على وجه الخلافة.

وأمَّا إذا تعلق به حق الغير فلا يجوز تصرفه في ذلك بالإزالة عن ملكه، والمدبر قد أثبت للمملوك في الحال الخلافة في رقبته بعد موته، فيكون إيجاباً في ثانِي الحال باعتبار وجود سببه على وجه يصير محجورًا عن إبطاله، كما أن الموت لمَّا كان موجباً الخلافة للوارث في تركته، وسببه المرض ثبتَ نوع حقٍّ لهم بِهذا السبب على وجه يصير المرض محجورًا عن الشرع، وهذه الخلافة في العتق الذي لا يحتمل الإبطال بعد ثبوته، فيتقوى هذا السبب من وجهين:

أحدهما: أن المتعلق به ممَّا لا يحتمل الإبطال.

والثانِي: أن التعليق بما هو كائن لا محالةَ وهو موجب للخلافة، ولهذه القوة قلنا: لا يحتمل الإبطال والفسخ بالرجوع عنه؛ لما أن تعليق العتق بسائر الشروط لا يحتمل الفسخ، فبهذا الشرط أوْلَى، ولهذه القوة تجب حق الحرية له في الحال على وجه يمتنع بيعه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِبْطَالُ السَّبَبِ - أي: إبطال سبب العتق - **لَا يَجُوزُ، وَفِي البَيْعِ وَمَا يُضَاهِيهِ** - من الهبة والإمهار - **ذَلِكَ**، أي: إبطال السبب.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَيُؤَاجِرَهُ وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً وَطِئَهَا وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا)؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ وَبِهِ تُسْتَفَادُ وِلَايَةُ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ (فَإِذَا مَاتَ المَوْلَى عَتَقَ المُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ) لِمَا رَوَيْنَا؛ وَلِأَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مُضَافٌ إِلَى وَقْتِ المَوْتِ وَالحُكْمُ غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الحَالِ فَيَنْفُذُ مِنَ الثُّلُثِ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يَسْعَى فِي ثُلُثَيْهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَوْلَى دَيْنٌ يَسْعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ؛ لِتَقَدُّمِ الدَّيْنِ عَلَى الوَصِيَّةِ وَلَا يُمْكِنُ نَقْضُ العِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ.

(وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ) وَعَلَى ذَلِكَ نُقِلَ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - (وَإِنْ

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ ثَابِتٌ لَهُ، حتَّى لو قال رجل: كل مملوك لي فهو حرٌّ، يدخل في ذلك المدبر وأم الولد وولدها، ولا يدخل فيه المكاتب، إلى هذا أشار في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «وهو حرٌّ من الثلث».

قوله: وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، هذا هو الأصح من نسخ الكتاب، فإن عامة النسخ هكذا، وكذلك أيضاً رواية «المبسوط»، و«الإيضاح» وغيرهما، ولا وجه لما وقع في بعض نسخ الكتاب من قوله: وولد المدبر مدبرٌ؛ وذلك لأن ولد المدبر لا يخلو: إما أن كان من أمة أو حرة، فإن كان من أمة كان رقيقاً لمولاها، وإن كان من حرة كان حرًّا، وإن كان من غيرهما من المدبرة وأم الولد والمكاتبة كان على صفة أمِّه تبعاً لأمه، لا تبعاً لأبيه.

وذكر في «المبسوط»، و«الإيضاح»: وولد المدبرة يكون مدبرًا؛ لأنه وجبَ حق الحرية لها في الحال فيسري إلى الولد كالاستيلاد، وهو دليلنا على الشافعي رحمه الله، وبعض أصحابه يمنعون سراية التدبير إلى الولد وهو ضعيف جدًّا؛ لأنه مخالف لقول الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه: «وولد المدبرة مثل أمه»، وخوصم إلى عثمان رضي الله عنه في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبدٌ يُباع،

عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَوْتِهِ عَلَى صِفَةٍ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ سَفَرِي هَذَا أَوْ مِنْ مَرَضٍ كَذَا فَلَيْسَ بِمُدَبَّرٍ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الحَالِ لِتَرَدُّدٍ فِي تِلْكَ الصِّفَةِ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ المُطْلَقِ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِتْقُهُ بِمُطْلَقِ المَوْتِ وَهُوَ

وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع.

والفقه فيه أن حق الحرية قد ثبتَ بوجود السبب في الأصل، فيثبتُ في الفروع كالاستيلاد؛ وهذا لأن الفرع يحدث على وفاق الأصل.

قوله: وَيَجُوزُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَنْعَقِدْ فِي الحَالِ، فإن قيل: إذا لم ينعقد اللفظ سبباً في الحال، ففي أيِّ وقت ينعقد قبل الموت أو بعده؟ إن قلتَ بعده استقام كلام من يقول: إن اللفظ ينعقد سبباً بعد الموت، وقد ثبتَ بطلانه لبطلان أهلية المعلق في ذلك الوقت، وإن قلتَ قبله فلماذا يجوز بيعه مع انعقاد السبب كما في المدبر المطلق.

قلنا: ينعقد اللفظ سبباً لا بعد الموت ولا في الحال، بل ينعقد سبباً في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأنه إنما لم ينعقد سبباً في الحال للتردد، فإذا بلغ آخر جزءٍ من أجزاء حياته زال التردد فيصير حينئذٍ كالمدبر المطلق لزوال التردد فيصير سبباً، كذا في «تعليقات أبي نصر الزوزني» رحمه الله.

قوله: لِتَرَدُّدٍ فِي تِلْكَ الصِّفَةِ؛ لأنه علق بما ليسَ بكائن لا محالة، فرُبَّما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض.

وفقه هذا الكلام أنَّا إنما نوجب حق الحرية بالتدبير في الحال، بناءً على قصده القربة بطريق الخلافة، وهذا القصدُ منه ينعدم إذا علقه بموت بصفة؛ لأن القصدَ إلى القربة لا يختلف بالموت من ذلك المرض ومن غيره، فلانعدام هذا القصد لم يكن مدبرًا، بخلاف ما إذا علقه بمطلق الموت، فإن القصدَ إلى إيجاب القربة هناك متحقق حين علقه بما هو كائن لا محالة، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ عِتْقُهُ بِمُطْلَقِ المَوْتِ وَهُوَ كَائِنٌ لا مَحَالَةَ، يعني: يكون مدبرًا مطلقاً؛

كَائِنٌ لا مَحَالَةَ.

لأن المدبر المطلق موصوفٌ بهذه الصفة.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قال المولى لعبده: أنت حرٌّ قبل موتِي بشهر ومضى شهر، فإن العبد بعدَ هذا يعتق بمطلق موت المولى، ومع ذلك أنه مدبر مقيد حتى يجوز للمولى بيعه، ذكره في «الأسرار».

قلتُ: إنما كان كذلك؛ لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمَّاه، فيجب اعتبارُه بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقًّا للعبد للحال، فكذا هنا.

فإن قلتَ: يشكل بما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حرٌّ بعد موتِي، وله مماليك فاشترى مماليك ثمَّ مات عتقوا، فكان عتقهم متعلقاً بمطلق موت المولى، ثم لو باع الذين اشتراهم صحَّ ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت.

قلتُ: الوصية إذا أضيفت إلى معدوم توقف على الموت، كما إذا أوْصَى لولد عبد الله وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية؛ لأن الوصية تتناولهم جميعاً، فبطل بموت واحد منهم ما بإزائه من حصة الوصية، ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد، ثم مات واحد منهم كان كل الوصية للباقين؛ لأن الثالث لم يدخل تحت الوصية؛ لأنَّهم كانوا معدومين عند الإيجاب، فتتناول ما يوجد عند الموت.

ونظيره الوصية بالمال إذا أضافها إلى موجودٍ تعلقت به وبطلت بِهلاكه، ولو أضافها إلى معدوم لم يدخل تحت الوصية إلا ثلث ماله عند الموت، وإذا كان كذلك صحَّ بيع الذين اشتراهم بعد الإيجاب؛ لأن إيجاب التدبير لم يتناولهم، ولو بقوا إلى الموت عتقوا بالموت لدخولهم تحت الإيجاب وقت الموت؛ وهذا لأن الوصية إيجاب سبب الخلافة للحال، ويجبُ حكمه عند الموت واستغنت عن المحل بين الإيجاب والموت؛ لأنه لا وقت الإيجاب ولا وقت حلول الحكم، إلى هذا أشار في «الأسرار».

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب إذا قال لعبده: إذا متُّ أو قتلتُ فأنت حر، على قول زفر رحمه الله يكون مدبرًا؛ لأن عتقه تعلق بمطلق موت المولى حتى يعتق إذا مات على أيّ وجه

(فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ المُدَبَّرُ) مَعْنَاهُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حُكْمُ التَّدْبِيرِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ تِلْكَ الصِّفَةِ فِيهِ فَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ، وَمِنَ المُقَيَّدِ أَنْ يَقُولَ إِنْ مِتُّ إِلَى سَنَةٍ أَوْ عَشْرِ سِنِينَ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الغَالِبِ؛

ماتَ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يكون مدبرًا؛ لأنه علقه بأحد الشيئين الموت أو القتل، والقتل وإن كان موتـًا فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الشيئين يمنع أن يكون عزيمةً في أحدهما خاصة، فلا يصير مدبرًا حتى يجوز بيعه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا قال لعبده: إذا متُّ وغسلت فأنتَ حرٌّ لا يكون مدبرًا؛ لأنه علقه بالموت وبشيءٍ آخر بعده، ثم إذا ماتَ ففي القياس لا يعتق وإن غسِّل ما لم يعتق؛ لأنه لمَّا لم يعتق بنفس الموت انتقلَ إلى الوارث فهو كقوله: إن متُّ ودخلت الدارَ فأنت حر.

وفي الاستحسان يعتق؛ لأنه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه، وهو نظير تعليقه بموت بصفة، فإذا وجد ذلك يعتق من ثلثه، بخلاف دخول الدار، وذلك لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: فَإِنْ مَاتَ المَوْلَى عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا عَتَقَ كَمَا يُعْتَقُ المُدَبَّرُ، وإن برأ من مرضه أو رجع من سفره ثم ماتَ لم يعتق؛ لأن الشرط الذي علق به العتق قد انعدمَ، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَى مِائَةِ سَنَةٍ وَمِثْلُهُ لَا يَعِيشُ إِلَيْهِ فِي الغَالِبِ؛ أي: يصير مدبرًا، هذا الذي ذكره موافق لرواية «الإيضاح»، ومخالف لرواية «فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

فقال في «الإيضاح»: ولو قال: إن متُّ إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إلى ذلك الوقت في الغالب فهو مدبر؛ لأن ذلك الموت كالكائن لا محالة.

وقال في «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: رجل قال لعبده: إن متُّ إلى مائتي سنة فأنت

لِأَنَّهُ كَالكَائِنِ لا مَحَالَةَ.

حرٌّ، قال أبو يوسف رحمه الله: هو مدبر مقيد، وقال الحسن بن زياد: هو مدبر مطلق؛ لأن على قول أصحابنا رحمهم الله إذا ذكر وقتاً طويلًا يعيش إلى تلك المدَّة أو لا يعيش يعتبر الوقت، ولا يكون ذكر هذا الوقت بمنزلة التأبيد، وعلى قول الحسن إذا ذكر وقتاً لا يعيش إليه يكون ذكر الوقت للتأبيد.

والعمر أصله ما عرف في كتاب النكاح: إذا تزوج امرأة إلى وقت يكون متعة عندنا طالت المدة أو قصرت، وعلى قول الحسن إن كانا ذكرًا وقتاً لا يعيشان إليه لا يكون متعةً.

ثم قال: صحيح قال لعبده: أنت حرٌّ قبل موتِي بشهر، ثم ماتَ بعد شهر قال بعضهم: يعتق من ثلث ماله، وقال بعضهم: يعتق من جميع المال وهو الصحيح؛ لأن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يستند العتق إلى أول الشهر قبل الموت، وهو كان صحيحاً في ذلك الوقت، ثم على رواية الكتاب و«الإيضاح» أنه لو مات قبل المائة أو بعد المائة يعتق عتق المدبر.

وفيما إذا قال: إن متُّ إلى سنة أو عشر سنين، إذا ماتَ قبل السنة في الأول أو قبل عشر سنين في الثانِي يعتق، ولو ماتَ بعدهما لا يعتق؛ لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد، والله تعالى أعلم.

* * *

(بَابُ الِاسْتِيْلَادِ)

(وَإِذَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ مَوْلاهَا فَقَدْ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لا يَجُوزُ بَيْعُهَا وَلا تَمْلِيكُهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» أَخْبَرَ عَنْ إعْتَاقِهَا فَيَثْبُتُ بَعْض

باب الاستيلاد

تناسب باب الاستيلاد بباب التدبير ظاهر؛ لما أن لكل واحد من المدبر وأم الولد حق الحرية لا حقيقتها، وأن عتق كل واحد منهما متعلق بموت المولى، وأن في كل واحد منهما الملك كامل والرق ناقص، بخلاف المكاتب، لكن مناسبة التدبير بالعتاق أكثر من الاستيلاد؛ لما أن كل واحد من التدبير والعتاق يثبت بالقول نفسه إنشاءً، بخلاف الاستيلاد فإن دعوى الاستيلاد إنما تثبت بناءً على وجود الولد على وجه الإخبار لا على وجه الإنشاء، فلذلك قدَّم باب التدبير على باب الاستيلاد، ليكون أقرب ما هو أكثر نسبة بباب العتاق.

الاستيلادُ: طلبُ الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة، كالصغيرة والكبيرة في الصفات الغالبة، ومن الأسماء الغالبة أيضاً: البيت والنجم للكعبة والثريا، فكان في هذا كله خروج من العموم إلى الخصوص.

قوله: لا يَجُوزُ بَيْعُهَا، وهو قول جمهور الفقهاء، وكان بِشْر المريسي وداود ومن تابعه من أصحاب الظواهر يقولون: يجوز بيعها؛ لأن المالية والمحلية للبيع قبل الولادة معلومة فيها بيقين، فلا يرتفع إلا بيقين مثله، وخبر الواحد لا يوجبُ علم اليقين.

ولكنا نقول في معارضة هذا الكلام: لمَّا حبلت من المولى امتنع بيعها بيقين، فلا يرتفع ذلك إلا بيقين مثله، ولا تيقن بعد انفصال الولد.

مَوَاجِبِهِ وَهُوَ حُرْمَةُ الْبَيْعِ، وَلِأَنَّ الْجُزْئِيَّةَ قَدْ حَصَلَتْ بَيْنَ الْوَاطِئِ وَالْمَوْطُوءَةِ بِوَاسِطَةِ الْوَلَدِ فَإِنَّ الْمَاءَيْنِ قَدِ اخْتَلَطَا بِحَيْثُ لا يُمْكِنُ الْمَيْزُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا عُرِفَ فِي حُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ، إِلَّا أَنَّ بَعْدَ الِانْفِصَالِ تَبْقَى الْجُزْئِيَّةُ حُكْمًا لا حَقِيقَةً فَضَعُفَ السَّبَبُ فَأَوْجَبَ حُكْمًا مُؤَجَّلًا إِلَى مَا بَعْدِ الْمَوْتِ، وَبَقَاءُ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ،

فإن قال: إنما امتنع بيعها؛ لأن في بطنها ولدًا حرًّا وقد علمنا انفصاله عنها.

قلنا: لا كذلك، بل امتنعَ بيعها لثبوت الحرية في جزء منها، فإن الولد يعلّق من المائين حرّ الأصل، وماؤها جزءٌ منها، وثبوت الحرية بجزء منها مانعٌ من بيعها، وهذا المعنى لا يرتفع بالانفصال، وإليه أشار عُمر رضي الله عنه فقال: «أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهنّ ودماؤكم بدمائهنّ» وإنما امتنع بيعها؛ لأنَّها صارت منسوبة إليه بواسطة الولد؛ لأنه يقال: أم ولده، وهذه النسبة توجب العتق فيمتنع البيع ضرورةً، وبالانفصال يتقرر هذا المعنى ولا يرتفع.

ثمَّ الآثار المشهورة تدل على ذلك، فمنها: حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أيّما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه»، ولما ولدت ماريةُ إبراهيمَ من رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضيَ عنه، قيل لرسول الله عليه الصلاة والسلام: ألا تعتقها قال: «قد أعتقها ولدها»، ففي هذين الحديثين دليل استحقاق العتق لها، وذلك يمنع البيع كما في المدبر، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبَقَاءُ الْجُزْئِيَّةِ حُكْمًا بِاعْتِبَارِ النَّسَبِ وَهُوَ مِنْ جَانِبِ الرِّجَالِ، إلى آخره، جوابُ سؤالٍ وهو أن يقال: النسبة ليست بمؤثرة في حق الحرية، ألا ترى أن النسبة مشتركة بين الأم والأب؛ لأن أبا الولد منسوبٌ إلى المرأة بواسطة الولد، كنسبة الأم إلى الأب بواسطة الولد، ثم الاتصال إلى الأمِّ بواسطة الولد من جانب الرجل ليس بمؤثر في إثبات حق الحرية حالة الحياة، فإنَّها لو تزوَّجت عبد رجل فولدت منه ثم ملكت إيَّاه لم يثبت حق الحرية له حال حياة المرأة، ولا حقيقة الحرية بعد موتها فيجب أن يكون في جانبها كذلك،

فَكَذَا الحُرِّيَّةُ تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ لا فِي حَقِّهِنَّ، حَتَّى إذَا مَلَكَتِ الحُرَّةُ زَوْجَهَا وَقَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ لَمْ يُعْتَقِ الزَّوْجُ الَّذِي مَلَكَتْهُ بِمَوْتِهَا، وَبِثُبُوتِ عِتْقٍ مُؤَجَّلٍ يَثْبُتُ حَقُّ الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ فَيَمْنَعُ جَوَازُ البَيْعِ وَإِخْرَاجُهَا لا إِلَى الحُرِّيَّةِ فِي الحَالِ وَيُوجِبُ عِتْقَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ بَعْضُهَا مَمْلُوكًا لَهُ؛

فأجابَ عنه بما ذكر في الكتاب.

والدليل على ما ذكرتُه من السؤال والجواب ما ذكره في «الإيضاح» فقال: الجزئية قد حصلت بين الواطئ الموطوءة بواسطه الولد، إلا أنه بعد الانفصال عنها لم يبق جزء حقيقةً، فإذا ثبتَ النسب بقيَ حكم الجزئية التى كانت، فكانت هذه جزئية منعدمةً حقيقةً مبقاةً شرعـًا، فضعف السبب فأوجبَ حكمـًا مؤجلًا إلى ما بعد الموت.

ثم قال: ولا يقال: لو كان السبب ما ذكرتم لثبتَ الحكم من جانب الأب كما يثبت في جانب الأم ومع ذلك لا يثبت، فإن العبد لو تزوَّج بحرة ثم ملكته لم يثبت له عتق مؤجل إلى موتها، فالجزئية تثبت من الجانبين لا معنى لهذا.

لأنا نقول: هذا حكم جزئيَّة مؤكدة بثبات النسب، والأصل في ثبات النسب هو الأبُ فإن الولد ينسب إلى أبيه والأم إليه تنسب بواسطة الولد، ولهذا عرفت بأميَّة الولد، فثبتَ أن جانب الأب أصل في النسب، ولو أثبتنا هذا الحكم في جانبه أيضـًا لاحتجنا إلى أن ينسب الأب إليها بواسطة الولد، فيكون تغييرًا للحكم وهذا لا يجوز.

قوله: فَكَذَا الحُرِّيَّةُ، صحَّ بالحاء، جعله شيخي رحمه الله متن الكتاب بخطه، وجعل الجزئيَّة نسخة، والحريَّة بالحاء هو الأصح؛ وذلك لأن الجزئية كما تثبت في حقِّهم كذلك تثبت في حقهن، بل في حقهن أوْلَى؛ لأن الولد تقرض منهن بالمقراض، وقد ذكر في الكتاب: تَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ لا فِي حَقِّهِنَّ.

ولو حملتها على الجزئيَّة بالجيم لكان لا تثبت الجزئية في حقهنَّ وليس كذلك، وأمَّا وجه ما ذكر في الكتاب على تقدير الحريَّة بالحاء فمعناه: تثبت حرية النساء في حق الرجال،

لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لا يَتَجَزَّأُ فَإِنَّهُ فَرْعُ النَّسَبِ فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ.

قَالَ: (وَلَهُ وَطْؤُهَا وَاسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَزْوِيجُهَا) لِأَنَّ المِلْكَ فِيهَا قَائِمٌ فَأَشْبَهَتِ

ولا تثبت حرية الرجال في حق النساء، كما دلَّ على هذا المعنى مضمون ما ذكره في «الإيضاح» على ما ذكرتُ.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لا يَتَجَزَّأُ، فإن قلتَ: فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه: وَالِاسْتِيلَادُ مُتَجَزِّئٌ عِنْدَهُ، حَتَّى لَوِ اسْتَوْلَدَ نَصِيبَهُ مِنْ مُدَبَّرَةٍ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، إلى آخره، فما وجه التوفيق بين هاتين الروايتين؟

قلتُ: معنى قوله: لا يَتَجَزَّأُ، أي: يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه، فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب؛ لأن نصيبَ صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد؛ لأن الاستيلاد وقع في القنَّة وهي قابلة للانتقال من ملك إلى ملك، وما ذكره هناك من تجزيء الاستيلاد إنَّما فرض المسألة في المدبرة وهي غير قابلةٍ للنقل، فكان الاستيلاد منحصرًا على نصيبه فيتجزّأ الاستيلاد ضرورةً، فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضع والمحال.

أو نقول: فالقول بالتجزيء عنده هناك بناء على أن الاستيلاد فرع الإعتاق، فلما تجزَّأ الإعتاق عنده تجزَّأ جميع شُعبه من التدبير والاستيلاد والكتابة، والقول بعدم التجزّيء هنا بناءٌ على أن الاستيلاد فرع النسب والنسب لا يتجزَّأ فكذا الاستيلاد.

أو نقول: يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه؛ وذلك لأنَّهما جعلا الاستيلاد مقيسًا عليه في أنه لا يتجزَّأ، فكان مجمعًا عليه، ثم أجابَ عنه أبو حنيفة رحمه الله بأنه متجزٍّ عنده في ذلك الباب، ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين.

قوله: فَيُعْتَبَرُ بِأَصْلِهِ، أي: بأصل الاستيلاد وهو النسب.

قوله: وَلَهُ ... تَزْوِيجُهَا؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهَا قَائِمٌ، والفراش ضعيفٌ، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز التزويج؛ لأن احتمال شغل الرحم بمائه كان ثابتًا، وتوهم الشغل مانع لجواز

الْمُدَبَّرَةَ (وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ بِالعَقْدِ فَلَأَنْ يَثْبُتَ بِالوَطْءِ وَأَنَّهُ أَكْثَرُ إِفْضَاءً أَوْلَى، وَلَنَا أَنَّ وَطْءَ الأَمَةِ يُقْصَدُ بِهِ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ دُونَ الوَلَدِ؛ لِوُجُودِ المَانِعِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدَّعْوَةِ بِمَنْزِلَةِ مَالِكِ اليَمِينِ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ، بِخِلَافِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ يَتَعَيَّنُ مَقْصُودًا مِنْهُ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الدَّعْوَةِ.

(فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ) مَعْنَاهُ بَعْدَ اعْتِرَافٍ مِنْهُ بِالوَلَدِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ بِدَعْوَى الوَلَدِ الأَوَّلِ تَعَيَّنَ الوَلَدُ مَقْصُودًا مِنْهَا فَصَارَتْ فِرَاشًا،

النكاح كما في المعتدة؟

قلنا: محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء، وقد وقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك، بخلاف النكاح فإن ثمَّة خرجت المنكوحة عن محلية نكاح الغير، فلا تعود إلى المحلية إلا بعد الفراغ حقيقةً، وذلك بعد انقضاء العدة فلا يجوز تزوجها، ولكن الأفضل أن لا يزوجها إلا بعد الاستبراء لجواز العلوق منه، كذا في «مبسوط» شيخ الإسلام رحمه الله.

وذكر شمس الأئمَّة السرخسي في «المبسوط»: وإنما جاز تزويج أم الولد؛ لأن الفراش الثابت له عليها سببه ملك اليمين، وذلك غير ملزم للمولى فلا يمنع صحة تزويجه إيَّاها.

قوله: وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهَا، أي: الأمة رجوعًا إلى ما ابتدأ به أول الباب **بقوله**: إِذَا وَلَدَتِ الأَمَةُ مِنْ مَوْلَاهَا؛ لما أن ولد الأم يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في **قوله**: فَإِنْ جَاءَتْ بَعْدَ ذَلِكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارٍ، وحكم المدبرة كحكم الأمة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى.

قوله: لِوُجُودِ المَانِعِ، وهو ذهاب التقوم على قول أبي حنيفة رحمه الله، ونقصان القيمة عندهما، **وقوله**: عَنْهُ، أي: عن طلب الولد.

كَالمَعْقُودَةِ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ)؛ لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَمْلِكَ نَقْلَهُ بِالتَّزْوِيجِ، بِخِلَافِ المَنْكُوحَةِ حَيْثُ لا يَنْتَفِي الوَلَدُ بِنَفْيِهِ إِلَّا بِاللِّعَانِ؛ لِتَأَكُّدِ الفِرَاشِ حَتَّى لا يَمْلِكَ إِبْطَالَهُ بِالتَّزْوِيجِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ حُكْمٌ، فَأَمَّا الدِّيَانَةُ، فَإِنْ كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا وَلَمْ يَعْزِلْ عَنْهَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ وَيَدَّعِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُ، وَإِنْ عَزَلَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يُحَصِّنْهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ؛ لِأَنَّ هَذَا الظَّاهِرَ يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ،

قوله: كَالمَعْقُودَةِ - أي: كالمنكوحة - إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَفَاهُ يَنْتَفِي بِقَوْلِهِ، أي: من غير لعان.

وفي «المبسوط»: وإنما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به، أو لم يتطاول ذلك، فأمَّا بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجهٍ لا يملك إبطاله، وكذلك بعد التطاول؛ لأنه يوجد منه دليل الإقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه، فيكون كالتصريح بالإقرار، واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان.

قوله: لِأَنَّ فِرَاشَهَا ضَعِيفٌ حَتَّى يَمْلِكَ نَقْلَهُ - أي: نقل الفراش من نفسه إلى غيره - بِالتَّزْوِيجِ، أي: يملك أن يزوج أمّ ولده من غيره.

قوله: بِخِلَافِ المَنْكُوحَةِ، حيث لا يملك فيها ذلك.

قوله: وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ حُكْمٌ، أي: عدم ثبوت نسب الأمة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي.

قوله: فَأَمَّا الدِّيَانَةُ - أي: الأمر فيما بينه وبين الله تعالى - فَإِنْ كَانَ وَطِئَهَا وَحَصَّنَهَا، المراد من التحصين هو أن يحفظها عمَّا يوجب ريبة الزنا.

قوله: يَلْزَمُهُ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ، وهذا بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُ؛ لأن الظاهر عدم الزنا خصوصًا عند وجود التحصين وعدم العزل، وقد ولدته في ملكه فكان منه، والبناء على الظاهر واجبٌ فيما لا يعلم حقيقته.

قوله: لِأَنَّ هذَا الظَّاهِرَ - وهو أن يكون الولد من المولى باعتبار أن الظاهر عدم الزنا -

هَكَذَا رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ ذَكَرْنَاهُمَا فِي كِفَايَةِ الْمُنْتَهَى.

(فَإِنْ زَوَّجَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ فِي حُكْمِ أُمِّهِ)؛ لِأَنَّ حَقَّ الحُرِّيَّةِ يَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدْبِيرِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ وَلَدَ الحُرَّةِ حُرٌّ وَوَلَدَ القِنَّةِ رَقِيقٌ وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ مِنَ الزَّوْجِ؛

يُقَابِلُهُ ظَاهِرٌ آخَرُ، أي: يعارضه ظاهر آخر، وهو أن يكون الولد من الزنا لوجود أحد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين، وهذا مرويٌّ عن أبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَفِيهِ رِوَايَتَانِ أُخْرَيَانِ - والأصح آخر - عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، أي: عن أبي يوسف رحمه الله روايةً واحدةً، وعن محمد رحمه الله كذلك روايةً واحدةً، وهو فائدة إعادة كلمة (عن).

وتلك الروايتان ذكر هما في «المبسوط» بلفظ الوجوب فقال: وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد، فعليه أن يدعيه سواء عزلَ عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم يحصنها، تحسينًا للظنِّ بها وحملًا لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه؛ ولأن ما يظهر عقيب سبب يكون محالًا به عليه حتى يتبيَّن خلافه.

وعن محمد رحمه الله قال: لا ينبغي له أن يدعي النسب إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته؛ لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعًا فيحتاط من الجانبين، وذلك في أن لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد، ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه.

وذكر تلك الروايتين في «الإيضاح» بلفظ الاستحباب فقال: وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان يطأها ولم يحصنها فأحبّ إليّ أن يدعيه، وقال محمد رحمه الله: أحبّ إليّ أن يعتق ولدها ويستمتع بها، فإذا ماتَ أعتقها، فما ذكره أبو حنيفة رحمه الله هو الأصل؛ لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولدَ منه فيلزمه أن يدعي، وإذا لم يحصن أو عزلَ فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك.

لِأَنَّ الفِرَاشَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا إِذِ الفَاسِدُ مُلْحَقٌ بِالصَّحِيحِ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ المَوْلَى لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيُعْتَقُ

قوله: وَإِنْ كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا، و(إن) هذه للوصل، هذا جوابُ سؤال تقديري، وهو أن فراش المولى كان ثابتًا على وجه الصحة؛ لأنه استولدها في ملكه فينبغي أن لا يزولَ بالنكاح الفاسد؛ لأن الفاسدة لا يعارض الصحيح، فأجابَ عنه بأن النكاح الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، فيعمل عمل النكاح الصحيح، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية.

وذكر في «الإيضاح»: أرادَ بالفاسد هاهنا ما إذا اتصل به الدخول، فهو حينئذٍ في إثبات النسب ملحق بالنكاح الصحيح، فكان الفراش فيه ما هو ثابت في النكاح الصحيح، فكان أقوى من فراش أم الولد.

فإن قلتَ: كيف تثبت أمية الولد هاهنا مع أن نسب الولد لم يثبت من المولى، فينبغي أن لا تثبت أمية الولد؛ لأن أمية الولد هاهنا مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد، فلمَّا لم يثبت الأصل وهو ثبوت نسب ذلك الولد بالدعوة، لم يثبت الفرع وهو أمية الولد، بخلاف ابتداء الإقرار بالاستيلاد؛ لأن ذلك غير مبني على دعوة الولد.

قلتُ: مجرَّد الإقرار بالاستيلاد كافٍ لثبوت الاستيلاد، وإن كان ذلك الإقرار في ضمن شيءٍ لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى في محله وهو الملك، فإنه ذكر في «المبسوط»:

ولو زوَّج رجل أمته عبده فولدت فادعاه المولى يعتق الولد، وتكون أمّه بمنزلة أم الولد، ثم قال: وهاهنا نسب الولد غير ثابت من المولى، ومع ذلك الجارية تكون أم ولد له، وإنما كان كذلك لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو شبهته بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج، واستغنائه به عن النسب، فيبقى معتبَرًا في حق الأمِّ؛ لأنَّها محتاجة إلى حق أمية الولد، بخلاف ما إذا أقرَّ بالاستيلاد بالزنا؛ لأنه لا احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا.

قوله: وَلَوِ ادَّعَاهُ المَوْلَى، إلى قوله: وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، فيما إذا كانت أمّه قِنة لا أم

الوَلَدَ وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِإِقْرَارِهِ.

(وَإِذَا مَاتَ المَوْلَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ المَالِ) لِحَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَرَ بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ وَأَنْ لا يُبَعْنَ فِي دَيْنٍ وَلا يُجْعَلْنَ مِنَ الثُّلُثِ»، وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى الوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ فَتُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الوَرَثَةِ وَالدَّيْنِ كَالتَّكْفِينِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ مِنْ زَوَائِدِ الحَوَائِجِ (وَلا سِعَايَةَ عَلَيْهَا فِي دَيْنِ المَوْلَى لِلْغُرَمَاءِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ مُتَقَوِّمٍ حَتَّى لا تُضْمَنُ بِالغَصْبِ عِنْدَ

الولد؛ لأن لأم الولد أمومية الولد قبل هذا الدعوة ثابتة فلا يستقيم حينئذٍ.

قوله: وَتَصِيرُ أُمُّهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، هكذا نقل من فوائد مولانا الإمام المحقق المدقق الرباني والعامل الصَّمداني، مُحيي السنَّة قامع البدعة، مولانا وسيِّدنا حميد الدين الضرير رحمه الله.

قوله: وَأَنْ لا يُبَعْنَ، وفي نسخة: وأن لا يسعين، والأول موافق لرواية «الإيضاح»، ولكن **قوله**: لِمَا رَوَيْنَا، في دعوى نفي السعاية يدل على صحة قوله: وأن لا يسعين.

ثم وجه **قوله**: لِمَا رَوَيْنَا، في دعوى نفي السعاية على تقدير رواية: وَأَنْ لا يُبَعْنَ، هو أنَّ عدم جواز البيع دليلٌ على أن في أم الولد لم يبق المالية؛ لأن وجوب السعاية بناءٌ على بقاء المالية، وفي أم الولد لم تبق المالية بموجب قوله عليه الصلاة والسلام: «اعتقها ولدها» فلا تجب السعاية.

قوله: وَلِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى الوَلَدِ أَصْلِيَّةٌ، ألا ترى أن الأب إذا ادعى ولد جارية الابن يثبت نسبه كحاجة الأكل، فإن للأب أن يأكل مال ابنه بغير إذنه لردِّ جوعته، فكذلك له أن يستولد جارية ابنه بغير إذنه لحاجته إلى بقاء نسله، وإن كانت الحاجة إلى بقاء النسل أدنى من حاجته إلى بقاء نفسه بالأكل، حتى فرق بينهما بضمان قيمة الجارية وبعدم ضمان قيمة المأكول، ولكن من حيث أنَّهما من الحوائج الأصلية فإنَّهما يستويان.

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالقِصَاصِ، بِخِلَافِ المُدَبَّرِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ. (وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا) وَهِيَ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ لا تُعْتَقُ حَتَّى تُؤَدِّيَ السِّعَايَةَ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: تُعْتَقُ فِي الحَالِ وَالسِّعَايَةُ دَيْنٌ عَلَيْهَا، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا عُرِضَ عَلَى المَوْلَى الإِسْلَامُ فَأَبَى، فَإِنْ أَسْلَمَ تَبْقَى عَلَى حَالِهَا، لَهُ أَنَّ إِزَالَةَ الذُّلِّ عَنْهَا بَعْدَمَا أَسْلَمَتْ وَاجِبَةٌ وَذَلِكَ بِالبَيْعِ

قوله: فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الغُرَمَاءِ كَالقِصَاصِ، يعني: إذا ماتَ من له القصاص وهو مديونٌ فليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونَهم، بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونِهم؛ لأن القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئًا متقومًا.

وقيل معناه: أنه إذا قتل المديون شخصًا لا يقدر الغرماء على منع وليّ القصاص من استيفاء القصاص، وقيل معناه: إذا قتل رجل مديونًا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو.

قوله: وَإِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ فَعَلَيْهَا أَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا، فإن قلتَ: كيف يصح القول بالسعاية عليها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه مع أن أم الولد غير متقوّمة عنده وقد مرَّ، والقول بوجوب الاستسعاء قول بالتقوم؛ إذ السعاية بدل ما ذهبَ من ماليته المتقومة وهيَ في حالة الإسلام لم تكن متقوّمة على قوله، فلا تكون المالية ذاهبة عنها.

قلتُ: أجابَ عن هذا السؤال في الكتاب **بقوله:** وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَةً، إلى آخره، وقد ذكرنا تمام الجواب قبيل باب عتق أحد العبدين.

ولم يبين مقدار قيمتها وهي أم ولدٍ، وهذا مشكل، فإنَّها لو كانت بحيث تباع فلا نقصان في قيمتها، ولكن قيل قيمة المدبرة قدر ثلثي قيمتها قِنَّةً، وقيمة أم الولد قدر ثلث قيمتها قنَّة؛ لأن للمالك في مملوكه ثلث منافع الاستخدام، والاسترباح بالبيع وقضاء ديونه من ماليته

أَوِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ تَعَذَّرَ البَيْعُ فَتَعَيَّنَ الإِعْتَاقُ، وَلَنَا أَنَّ النَّظَرَ مِنَ الجَانِبَيْنِ فِي جَعْلِهَا مُكَاتَبَةً؛ لِأَنَّهُ يَنْدَفِعُ الذُّلُّ عَنْهَا بِصَيْرُورَتِهَا حُرَّةً يَدًا وَالضَّرَرُ عَنِ الذِّمِّيِّ لِانْبِعَاثِهَا عَلَى الكَسْبِ نَيْلًا لِشَرَفِ الحُرِّيَّةِ فَيَصِلُ الذِّمِّيُّ إِلَى بَدَلِ مِلْكِهِ، أَمَّا لَوْ أُعْتِقَتْ وَهِيَ مُفْلِسَةٌ تَتَوَانَى فِي الكَسْبِ وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ يَعْتَقِدُهَا الذِّمِّيُّ مُتَقَوِّمَةً فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ، وَلِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ، وَهَذَا يَكْفِي لِوُجُوبِ الضَّمَانِ كَمَا فِي القِصَاصِ المُشْتَرَكِ إِذَا عَفَا أَحَدُ الأَوْلِيَاءِ يَجِبُ المَالُ لِلْبَاقِينَ.

(وَلَوْ مَاتَ مَوْلَاهَا عَتَقَتْ بِلَا سِعَايَةٍ)؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوْ عَجَزَتْ فِي حَيَاتِهِ لَا تُرَدُّ قِنَّةً؛ لِأَنَّهَا لَوْ رُدَّتْ قِنَّةً أُعِيدَتْ مُكَاتَبَةً لِقِيَامِ المُوجِبِ.

بالاستسعاء بعد موته، فبالتدبير ينعدم أحد هذه المعاني وهو الاسترباح ويبقى منفعتان، وبالاستيلاد ينعدم اثنان ويبقى واحد وهو الاستخدام فيتوزع القيمة على ذلك.

قوله: وَمَالِيَّةُ أُمِّ الوَلَدِ، جوابُ سؤالٍ مقدر وهو الذي ذكرناه.

قوله: فَيُتْرَكُ وَمَا يَعْتَقِدُهُ - أي: مع ما يعتقده، والواو بمعنى مع - وَلِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُتَقَوِّمَةً فَهِيَ مُحْتَرَمَةٌ، وَهذَا يَكْفِي لِوُجُوبِ الضَّمَانِ.

فإن قيل: لو كان احترامها كافياً لوجوب الضمان ينبغي أن يجب الضمان بغصب أم الولد؛ لما أنها حرام التعرض بالغصب، ومع ذلك لا يجب الضمان على قول أبي حنيفة؟

قلنا: إنما لم يجب الضمان به على قوله؛ لأن مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]؛ لأن الغصب من الاعتداء، ولا مساواة بين ما ضمن به من المال وبين مالية أم الولد؛ لأنها غير متقومة، فلمَّا لم تجب المساواة بينهما لم يجب الضمان، كما في غصب المنافع لم يجب الضمان لهذا المعنى.

قوله: لِقِيَامِ المُوجِبِ، وهو إسلامها فيلزم الدور، فلذلك لا ترد قنة.

(وَمَنِ اسْتَوْلَدَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَلَوِ اسْتَوْلَدَهَا بِمِلْكِ يَمِينٍ ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ ثُمَّ مَلَكَهَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَنَا، وَلَهُ فِيهِ قَوْلانِ وَهُوَ وَلَدُ المَغْرُورِ، لَهُ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِرَقِيقٍ فَلَا تَكُونُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا إِذَا عَلِقَتْ مِنَ الزِّنَا ثُمَّ مَلَكَهَا الزَّانِي؛ وَهَذَا لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ بِاعْتِبَارِ عُلُوقِ الوَلَدِ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ الأُمِّ فِي تِلْكَ الحَالَةِ وَالجُزْءُ لا يُخَالِفُ الكُلَّ.

قوله: وَمَنِ اسْتَوْلَدَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيّما أمة ولدت من سيدها»، شرط لثبوت حق العتق لها أن تلد من سيِّدها، وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها، والمعنى ما ذكر في الكتاب.

وحجَّتنا فيه أنه لمَّا ملكها وله منها ولد ثابت النسب كانت أم ولد له كما لو استولدها في ملكه، وتأثيره أن حق العتق يثبت لها بالاستيلاد، كما قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»، والملك في المحل شرطٌ، فإذا تقرَّر السبب قبل الملك توقف على وجود الشرط، ألا ترى أن في حرية الولد لمَّا تقرر السبب قبل الملك وهو النسب، توقف على وجود شرطه وهو الملك، حتى إذا ملكه يعتق فكذلك في الأم؛ لأن حقها تابع لحق الولد، بخلاف التدبير والعتق قبل الملك، فإن ذلك لغو شرعًا فلا يظهر حكمه بعد الملك، وهذا السبب متقرر شرعًا، يُوضحه: أن حق العتق لأم الولد باعتبار أنَّها منسوبة إليه بواسطة الولد، فإن للجزئيَّة تأثيرًا في النسبة والولد جزء منها، فتصير هيَ منسوبة إليه باعتبار هذه الواسطة حتى يُقال أم ولده، وهذا متقرر حتى يثبت نسب الولد بنكاح كان أو بملك، ولا معتبر بما قال الخصم من حرية الماء الذي هو في حكم الجزء؛ لأنه لو أعتقَ ما في بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق، ولا حقيقة العتق لها، فلو كان ثبوت العتق لها باعتبار الاتصال والجزئية لثبت هاهنا، كذا في «المبسوط».

فُعلم بِهذا أن معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «أيّما أمة ولدت من سيدها فهي معتقة

وَلَنَا أَنَّ السَّبَبَ هُوَ الجُزْئِيَّةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وَالجُزْئِيَّةُ إِنَّمَا تَثْبُتُ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الوَلَدِ الوَاحِدِ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمُلًا وَقَدْ ثَبَتَ النَّسَبُ فَتَثْبُتُ الجُزْئِيَّةُ بِهَذِهِ الوَاسِطَةِ، بِخِلَافِ الزِّنَا؛ لِأَنَّهُ لا نَسَبَ فِيهِ لِلْوَلَدِ إِلَى الزَّانِي، وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَى الزَّانِي إِذَا مَلَكَهُ؛ لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةً بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ، نَظِيرُهُ مَنِ اشْتَرَى أَخَاهُ مِنَ الزِّنَا لا يُعْتَقُ؛

عن دُبر منه»، وهيَ فيما إذا ولدت من سيدها وهو غير معترض، كما إذا ولدت من زوجها ثم صار زوجها سيِّدها ما حكمها، بل حكمها موقوف إلى قيام الدليل، وقد قام الدليل على أنها تعتق أيضًا عتق أم الولد وهو ما ذكرنا من الدليل، فيجبُ القول به.

وذكر في «الأسرار»، و«الإيضاح»: والكلام هاهنا يرجع إلى معرفة سبب هذا الحكم، وهو أمية الولد، فإن هذا حكم في الشرع معرف بِهذا الإسم، وإنه عبارة عن ثبوت حق العتق، وتأجل حقيقة العتق إلى ما بعد الموت، وسببه عندنا ثبوت نسب الولد، وعند الشافعي رحمه الله السبب علوق الولد حرًّا.

وإنما تتبيَّن ثمرة هذا الأصل فيمن استولد أمة بنكاح، ثم اشتراها هل تصير أم ولد له أم لا؟ على ما ذكرنا، ثمَّ ثبوت النسب وأمية الولد عندنا لا يتفاوت بين أن يكون من نكاح صحيح أو فاسد أو وطئ بشبهة.

قوله: وَإِنَّمَا يُعْتَقُ عَلَى الزَّانِي، جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: لمَّا لم يثبت النسب من الزنا ينبغي أن لا يعتق ولده المخلوق من الزنا إذا ملكه؛ لأنه لا نسب بينهما شرعًا، فأجابَ عنه وقال: إنما يعتق باعتبار أنه جزء حقيقةً بغير واسطة، فكانت أم الولد بالزنا نظير من اشترى أخاه من الزنا حيث لا يعتق؛ لما أن ذلك إنما يثبت باعتبار نسب الأخوة إليه وهي غير ثابتة، فعُلِم بِهذا أن المراد من الأخ هاهنا الأخ من الأب، أما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا؛ لأن النسبة ثابتة بينهما.

قوله: لِأَنَّهُ جُزْؤُهُ حَقِيقَةً بِغَيْرِ وَاسِطَةٍ، بخلاف حق الحرية للأم؛ لأن ذلك الحق إنَّما يثبت بواسطة النسب، وهي معدومة في الزنا فلا تصير أم ولد له، بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إِلَى الوَالِدِ

لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ نِسْبَتِهِ إِلَى الوَالِدِ وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ.

(وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِ عُقْرُهَا وَلا قِيمَةُ وَلَدِهَا) وَقَدْ ذَكَرْنَا المَسْأَلَةَ بِدَلائِلِهَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ مِنْ هَذَا الكِتَابِ، وَإِنَّمَا لا يَضْمَنُ قِيمَةَ الوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ انْعَلَقَ حُرَّ الأَصْلِ لِاسْتِنَادِ المِلْكِ إِلَى مَا قَبْلَ الِاسْتِيلَادِ.

(وَإِنْ وَطِئَ أَبُو الأَبِ مَعَ بَقَاءِ الأَبِ لَمْ يَثْبُتُ النَّسَبُ)؛ لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لِلْجَدِّ حَالَ قِيَامِ الأَبِ (وَلَوْ كَانَ الأَبُ مَيِّتًا ثَبَتَ مِنَ الجَدِّ كَمَا يَثْبُتُ مِنَ الأَبِ)؛ لِظُهُورِ وِلايَتِهِ عِنْدَ فَقْدِ الأَبِ، وَكُفْرُ الأَبِ وَرِقُّهُ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَاطِعٌ لِلْوِلايَةِ (وَإِذَا كَانَتِ الجَارِيَةُ

وَهِيَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فلا يثبت العتق، فكذلك الوسطة هاهنا قد انعدمت حين لم يثبت نسب ولدها بالزنا، فلذلك لا تصير أم ولد له، وكفر الأب ورقته بمنزلة موته وكذا جنونه.

قوله: فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا، في صحته أو مرضه فهو ابنه؛ لأنه يملك جزءًا منها، وقيام الملك في جزء منها كقيام ملكه في جميعها في صحة الدعوى، فإن اعتبار جانب ملكه يثبت النسب منه بالدعوة، واعتبار جانب ملك شريكه يمنع من ذلك فيغلبُ المثبت للنسب احتياطًا، ألا ترى أنه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر، فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة ويضمن نصف قيمتها لشريكه يوم وطئها فعلقت؛ لأن أمية الولد تثبت لها من وقت العلوق فيصير متملكًا نصيبَ شريكه عليه من ذلك الوقت، ولا يتملكها إلا بعوض، فلهذا يضمن نصف قيمتها من ذلك الوقت وعليه نصف عقرها؛ لأن أصل الوطء حصل منه ونصفها ملك للشريك وقد سقطَ الحد بشبهة فيجب العقرُ، وإنما قلنا ذلك؛ لأن تملك نصيب الشريك هاهنا حكم الاستيلاد لا شرطه، فإن قيام ملكه في نصفها يكفي لصحة الاستيلاد وحكم الشيء يعقبه، وليس عليه من قيمة الولد شيء؛ لأن الولد علقَ حرّ الأصل باعتبار قيام الملك له في نصفها وقت العلوق؛ ولأنه حين علق كان ماء مهينًا لا قيمةَ له، وضمان نصف قيمتها

بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ النَّسَبُ فِي نِصْفِهِ لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ ثَبَتَ فِي البَاقِي ضَرُورَةَ أَنَّهُ لا يَتَجَزَّأُ؛ لِمَا أَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ العُلُوقُ إذِ الوَلَدُ الوَاحِدُ لا يَنْعَلِقُ مِنْ مَاءَيْنِ.

(وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَادَ لا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا (وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَصِيرُ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبَهُ إذْ هُوَ قَابِلٌ لِلْمِلْكِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا)؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ صَاحِبِهِ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الِاسْتِيلَادَ وَيَضْمَنُ نِصْفَ عُقْرِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً، إذِ المِلْكُ يَثْبُتُ حُكْمًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَعَقَّبُهُ المِلْكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِخِلَافِ الأَبِ إذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ ابْنِهِ؛ لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ

عليه في حالتي اليسار والعسرة؛ لأنه ضمان التملك، كذا في «المبسوط».

قوله: فَيَتَعَقَّبُهُ المِلْكُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، هذا اختيار بعض المشايخ، وأمَّا الأصح من المذهب فالحكم مع علته يقترنان؛ لما عُرف في أصول الفقه.

قوله: بِخِلَافِ الأَبِ إذَا اسْتَوْلَدَ، متصل **بقوله**: وَيَضْمَنُ نِصْفَ عُقْرِهَا، أي: الأب لا يضمن عقر جارية الابن إذا استولدها، وأمَّا في مسألتنا وهي استيلاد الجارية المشتركة أحد الشريكين فيضمن نصف عقرها، والفرق بينهما وهو أن الملك في مسألتنا يثبت متأخرًا عن الوطء؛ لأنه حكم الوطء المعلق؛ لأنه لمَّا ثبتَ الاستيلاد ثبت الملك في نصيب الشريك بالضمان، فكان الوطء مصادفًا ملك الغير في حق النصف فيضمن نصف العقر، بخلاف الأب، فإن وطئه مصادف ملك نفسه تقديرًا ضرورة تصحيح الاستيلاد؛ إذ المصحح للاستيلاد حقيقة الملك، وهي ثابتة مقتضًى لتصحيح الاستيلاد، والمقتضي يثبت مقدمًا على المقتضى؛ لأنه شرط صحة المقتضى، فلذلك قدم الملك على الاستيلاد وهو الوطء هناك، فلمَّا ثبت قدم الملك على الوطء كان وطء الأب مصادفًا ملك نفسه فلا يجب العقر.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ شَرْطًا لِلِاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ، فالضمير المستكن في:

شَرْطًا لِلاسْتِيلَادِ فَيَتَقَدَّمُهُ فَصَارَ وَاطِئًا مِلْكَ نَفْسِهِ (وَلا يَغْرَمُ قِيمَةَ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إلَى وَقْتِ العُلُوقِ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ شَيْءٌ مِنْهُ عَلَى مِلْكِ الشَّرِيكِ.

(وَإِنِ ادَّعَيَاهُ مَعًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُمَا) مَعْنَاهُ إذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكِهِمَا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُرْجَعُ إلَى قَوْلِ القَافَةِ؛ لِأَنَّ إثْبَاتَ النَّسَبِ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعَ عِلْمِنَا أَنَّ الوَلَدَ لا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ مُتَعَذِّرٌ فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهِ، وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِقَوْلِ القَائِفِ فِي أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -، وَلَنَا كِتَابُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ - إلَى شُرَيْحٍ فِي هَذِهِ الحَادِثَةِ: لَبَّسَا فَلُبِّسَ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ بَيَّنَا لَبُيِّنَ لَهُمَا، هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ،

فَيَتَقَدَّمُهُ، راجع إلى الملك، والضمير البارز راجع إلى الاستيلاد، أي: يتقدم الملك الاستيلاد.

قوله: مَعْنَاهُ إذَا حَمَلَتْ عَلَى مِلْكِهِمَا، وإنَّما قيَّد بهذا؛ لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحًا ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له؛ لأن نصيبه منها صار أم ولد له، والاستيلاد لا يحتمل للتجزِّي، فيثبت في نصيب شريكه أيضًا، كذا في «المبسوط».

قوله: يُرْجَعُ إلَى قَوْلِ القَافَةِ، هيَ جمع القائف كالباعة والحاكة في جمع البائع والحائك، وهو الذي يتتبع آثار الآباء في الأبناء من قافَ أثره إذا أتبعه، والقيافة في بني مدلج منهم المجزّز.

قوله: لا يَتَخَلَّقُ مِنْ مَاءَيْنِ، أي: من ماء فحلين.

قوله: وَقَدْ سُرَّ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِقَوْلِ القَائِفِ فِي أُسَامَةَ، وهو ما رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنه دخل على عائشة رضي الله عنها وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال: أما علمتَ أن مجززًا المدلجيَّ مرَّ بأسامة وزيد، وهما تحت قطيفة وقد غطي وجوههما وأرجلهما بادية فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»، ولو كان الحكم

وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِّنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ -، وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِيهِ، وَالنَّسَبُ وَإِنْ كَانَ لا يَتَجَزَّأُ وَلَكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِمَا عَلَى التَّجْزِئَةِ، وَمَا لا يَقْبَلُهَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمْلًا كَأَنْ لَّيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَبًا لِلْآخِرِ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالآخَرُ ذِمِّيًّا لِوُجُودِ المُرَجِّحِ فِي حَقِّ المُسْلِمِ وَهُوَ الإِسْلَامُ وَفِي حَقِّ الأَبِ وَهُوَ مَا لَهُ مِنَ الحَقِّ فِي نَصِيبِ الِابْنِ، وَسُرُورُ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -

بالشبه باطلًا لما جاز إظهارُ السرور، ولوجب عليه الردُّ والإنكار، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا، أي: الولد يكون للأب الباقي من الأبوين الذين كانا إذا ماتَ أحدهما يكون كل ميراث الابن للأب الحيّ، ولا يكون نصفه لورثة الأب الميت.

قوله: فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وهو الملك.

قوله: وَلَكِنْ تَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ مُتَجَزِّئَةٌ، كالنفقه وولاية التصرف في ماله والحضانة.

قوله: فَمَا يَقْبَلُ التَّجْزِئَةَ، كالإرث، وَمَا لا يَقْبَلُهَا، كالنسب.

قوله: وَهُوَ مَا لَهُ مِنَ الحَقِّ فِي نَصِيبِ الِابْنِ، بفتح اللام في: مَا لَهُ، أي: لوجود المرجح في حكم الأب، وذلك المرجِّح ما أثبتَ الشارع للأب من حق التملك في نصيب الابن، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك».

قوله: وَسُرُورُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إلى آخره، هذا جوابٌ عمَّا تمسك به الشافعي.

وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا الحديث فإظهار السرور إنما كان لزوال طعن الكفار؛ لأنهم كانو يطعنون في نسبه، وكانوا يعتقدون قول القافة حجة، ولا يضمن واحد من قيمة الأمِّ شيئًا؛ لأن نصيبه بقي على ملكه، وأمَّا العقر فقد أقرَّ كل واحدٍ منها لصاحبه بنصف

فِيمَا رُوِيَ؛ لِأَنَّ الكُفَّارَ كَانُوا يَطْعَنُونَ فِي نَسَبِ أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -، وَكَانَ قَوْلُ القَائِفِ مُقْطِعًا لِطَعْنِهِمْ فَسُرَّ بِهِ. (وَكَانَتِ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُمَا)؛ لِصِحَّةِ دَعْوَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِهِ فِي الوَلَدِ فَيَصِيرُ نَصِيبُهُ مِنْهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ تَبَعًا لِوَالِدِهَا (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ العُقْرِ قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الآخَرِ، وَيَرِثُ الِابْنُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنٍ كَامِلٍ)؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمِيرَاثِهِ كُلِّهِ وَهُوَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ (وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي النَّسَبِ،

العقر فيلتقيان قصاصًا.

قوله: كَانُوا يَطْعَنُونَ، بضم العين من حدِّ نصر[1]، فيصير نصيبه منها أم ولد له.

فإذا ثبتَ أنها أم ولد لهما قلنا: تخدم كل واحد منهما يومًا كما كانت تفعله قبل هذا؛ لأنه لا تأثير للاستيلاد في إبطال ملك الخدمة، وإذا ماتَ أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة الميت بالاتفاق، لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تسعى في نصف قيمتها للشريك الحيّ، ولو أعتقها أحدهما في حياته عتقت ولا ضمان على المعتق للشريك، ولا سعاية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسرًا، وتسعى في نصف قيمتها إن كان المعتق معسرًا، وأصل المسألة أن رقَّ أم الولد ليس بمال متقوم في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قولهما هو مال متقوم، وقد ذكرنا في باب العبد يعتق بعضه الدلائل من الطرفين، كذا في «المبسوط».

قوله: قِصَاصًا بِمَا لَهُ عَلَى الآخَرِ، **وقوله:** بِمَا لَهُ، بفتح اللام، أي: بالذي له.

قوله: وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبٍ وَاحِدٍ؛ لأن التعدد حقيقة في الأب محال، ويشتركان على السواء لعدم إمكان التَّرجيح.

---

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): ذكر الزمخشري فيه وجهين: بفتح العين وضمِّها.

كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ. (وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَى جَارِيَةَ مُكَاتَبِهِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ فَإِنْ صَدَّقَهُ المُكَاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنْهُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - أَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ تَصْدِيقُهُ اعْتِبَارًا بِالأَبِ يَدَّعِي وَلَدَ جَارِيَةِ ابْنِهِ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ المَوْلَى لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي أَكْسَابِ مُكَاتَبِهِ حَتَّى لا يَتَمَلَّكَهُ وَالأَبُ يَمْلِكُ تَمَلُّكَهُ فَلَا مُعْتَبَرَ بِتَصْدِيقِ الابْنِ.

قوله: كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ، يعني: إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشئ مشتركًا بينهما على السواء، فكذا هاهُنا، أو إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب فالحكم هكذا، فكذا هنا.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى أَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ تَصْدِيقُهُ، أي: تصديق المكاتب، بل يثبت بمجرَّد دعوة المولى كما في الأب، والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، فكذلك جارية الابن كسب كسب المولى، هذا في المساواة.

أو نقول: للمولى في المكاتب ملك الرقبة، وليس للأب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد، بل للأب في مال الابن حق التملك، وحق الملك أقوى من حق التملك، فلمَّا ثبت للأب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن؛ فلأن يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب أَوْلَى، ألا ترى أن المولى لو أعتق المكاتب يصح، مع أنه لا عتقَ فيما لا يملكه ابن آدم، فعُلِم أن الملك للمولى عليه ثابت.

قوله: وَوَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ الفَرْقُ، أي: الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث لا يشترط التصديق، وبين استيلاد جارية المكاتب حيث يشترط التصديق هو أن المولى حجر على نفسه عن التصرف في كسب المكاتب، والدعوة تصرف فلا تنفذ إلا بتصديق المكاتب، بخلاف الأب، فإنه ما حجر على نفسه عن التصرف في مال الولد عند الحاجة، فلا يحتاجُ إلى تصديق الولد، ثم عند التصديق من المكاتب لا تصير الجارية أمّ ولد للمولى؛ لأن حق

قَالَ: (وَعَلَيْهِ عُقْرُهَا)؛ لِأَنَّهُ لا يَتَقَدَّمُهُ المِلْكُ؛ لِأَنَّ مَا لَهُ مِنَ الحَقِّ كَافٍ لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ لِمَا نَذْكُرُهُ.

قَالَ: (وَقِيمَةُ وَلَدِهَا)؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى المَغْرُورِ حَيْثُ إِنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ كَسْبُ كَسْبِهِ فَلَمْ يَرْضَ بِرِقِّهِ فَيَكُونُ حُرًّا بِالْقِيمَةِ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْهُ (وَلَا تَصِيرُ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لَهُ فِيهَا حَقِيقَةً كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ.

الملك ثابت له في كسبه، وذلك كافٍ لإثبات نسب الولد، ألا ترى أن بعجزه ينقلبُ حقيقة ملك فلا حاجة به إلى التملك، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية، توضيحه أنه ليس للمولى حق التملك في كسب المكاتب عند الحاجة، وللأب ذلك في مال الولد، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح» في وجه الظاهر: أن حق المولى وإن كان ثابتًا ولكن حق المولى محجوب بحق المكاتب، ألا ترى أنه ليس له أن ينتزع من يده[1] أصلاً، فينزل المولى من مال المكاتب فيما يثبت به من التصرفات بمنزلة الأجنبيّ فلم تصح دعوته حتى يتصل التصديق به.

قوله: وَقِيمَةُ وَلَدِهَا، أي: وعلى المولى قيمة ولد جارية مكاتبه يوم ولد، يعني على تقدير تصديق المكاتب المولى في دعوة الولد، وإنما وجبت قيمة الولد على المولى؛ لأن هذا يُشبه ولد المغرور، فإن الملك في الأمّ ثابت من وجه دون وجهٍ، فشابه المولى المغرور الذي له الملك ظاهرًا لا حقيقةً، وولد المغرور حرٌّ بالقيمة فكذا هنا، كذا في «الإيضاح».

قوله: حَيْثُ إِنَّهُ اعْتَمَدَ - أي: المولى اعتمد - دَلِيلًا وَهُوَ أَنَّهُ كَسْبُ كَسْبِهِ، أي: الولد حصلَ له من كسب كسبه، فإن المكاتب كسبه والجارية كسب المكاتب فكان الولد حاصلًا للمولى من كسب كسبه، فيصلح أن يكون هذا دليلًا شرعيًّا على أن يكون ولده حرًّا، ولكن لمَّا كان المولى في معنى المغرور وجبَ عليه قيمة الولد للمكاتب.

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١): أي: ما في يد المكاتب.

(وَإِنْ كَذَّبَهُ المَكَاتِبُ فِي النَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ (فَلَوْ مَلَكَهُ يَوْمًا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)؛ لِقِيَامِ المُوجِبِ وَزَوَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ إِذْ هُوَ المَانِعُ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَلَوْ مَلَكَهُ، أي: فلو ملك المولى يومًا ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة بسبب تكذيب المكاتب، فيثبت نسبه عند ملكه إيَّاه.

وذكر في «المبسوط»: وإذا ملك المولى الجارية، أي: في صورة التصديق يومًا من الدهر صارت أم ولد له؛ لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يومًا ثبتَ نسبه منه؛ لأن حق الملك له في المحل كان مثبتًا للنسب منه عند صحة دعوته، إلا أن بمعارضة المكاتب إيَّاه بالتكذيب امتنع صحة دعوته، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه.

قوله: لِقِيَامِ المُوجِبِ، وهو الإقرار بالاستيلاد، والله تعالى أعلم بالصواب.

(كِتَابُ الأَيْمَانِ)

كتاب الأيمان

لمَّا قفى العبادات بالنكاح للمناسبة التى ذكرنا، ذكر بعده الأبواب التي تناسبه في الوصف الخاص، وهو أن الهزل والإكراه لا يؤثران فيها، والأيمان منها إلا أنه قدم الطلاق لاقتضائه سبق النكاح للرفع، وأعقبه بالعتاق؛ لأنه يشارك الطلاق في عامة الأوصاف من الإسقاط والسراية واللزوم، فتأخر ذكر الأيمان عنها كذلك.

ثم من محاسن شرعية الأيمان هي تصديق السامع المتكلم في إخباره؛ لأن السامع كان مترددًا قبل يمينه في قبول خبره، لكون الخبر في نفسه محتملًا للصدق والكذب، فباليمين يرجح جانب الصدق، وفائدة الكلام هي إيقاع الصدق في قلب السامع، وإذا لم يقع صدقه في قلبه ضاع إخباره، والقول الضائع ملحق بنعيق الغراب ونباح الكلب، والله تعالى أيضـًا أقسم مع أنه لا يتصور عنه الكذب ليدل عباده على شرع القسم، وأمر نبيّه صلّى الله عليه وسلّم بالقسم قال الله تعالى: ﴿قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾ [يونس: ٥٣].

ومن محاسنها أيضًا: زينة الكلام بذكر اسم الله تعالى؛ إذ لا زينة كاملةً للكلام إلا بذكر اسم الله تعالى.

ومن محاسنها أيضًا: تعظيم اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته، فإن من أقسم بشيء فقد عظمه وشرفه، حتى منع نفسَه من مَرْغُوبِها حِذَارَ هتك حرمة المقسم به.

ثم نحتاج هاهنا إلى معرفة معنى اليمين لغة وشرعًا، ومعرفة شرطه، وسببه، وركنه، وحكمه.

أمَّا اللغة فمعناها القوة، ومنه قوله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ۝٤٥﴾ [الحاقة: ٤٥].

قَالَ: (الأَيْمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ)،

وقال الشماخ، شعر:

رَأَيْت عَرَابَةَ الْأَوْسِيِّ يَسْمُو * إِلَى الْخَيْرَاتِ مُنْقَطِعَ الْقَرِينِ

إِذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَتْ لِمَجْدٍ * تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِالْيَمِينِ

وأمَّا معناها شرعًا: فهي عبارة عن عقد قوي بها عزم الحالف على الفعل أو الترك، وسُمِّي هذا العقد بها؛ لأن العزيمة تتقوى بها.

وأمَّا شرطها: ففي الحالف كونه عاقلًا بالغًا، وفي الحلف كونه خبرًا محتملًا للصدق والكذب، ولا يكون ذلك إلا في المعقودة، وأمَّا الغموس واللغو فليستا بيمين على الحقيقة على ما يأتِي.

وأمَّا سببها: فإرادة تحقيق ما قصده بها، ويدخل في هذا إرادة تحقيق ما قصد من إظهار صدقه في قلب السامع، وإرادة تحقيق ما قصده في نفسه من فعل شيء أو تركه، كدخول الدار وغيره.

وأمَّا ركنها: فاللفظ الذي ينعقد به اليمين.

وأمَّا حكمها: فالبر حال بقاء اليمين إذا وجبَ تحقيق البر، والكفارة عند فوات البر خلفاً عنه.

وإنما قيَّدنا بقولنا إذا وجب تحقيق البر؛ لأن من الأيمان ما لا يجب تحقيق البر فيها، بل يجبُ تحقيق الحنث ونقض اليمين، كما إذا حلف على معصية على ما يجيء، فالواجب هو الحكم بموجبه، فلذلك لم يكن البر حكماً في جميع الأيمان، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«المنشور» وغيرهما.

قوله: الأَيْمَانُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ، فوجه الانحصار على هذه الثلاث ظاهر؛ لأن اليمين بالله لا تخلو إما أن كانت فيها مؤاخذة أو لا، فإن كانت فيها مؤاخذة فلا تخلو إما أن كانت المؤاخذة دنياوية أو عقباوية، فالأولى المنعقدة، والثانية الغموس، وإن لم يكن فيها مؤاخذة

....

لا دنياوية ولا عقباوية فهي اللغو.

ثم ذكر في «المغرب»: الصواب أن يقال ثلاث أضرب، وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام.(١)

وذكر في «الإيضاح»: وهذه الأقسام الثلاثة التي ذكرنا ها إنما تتأتّى في اليمين بالله تعالى، فأمَّا الحلف بالطلاق والعتاق وما أشْبَه ذلك فما يكون على أمر في المستقبل فهو كاليمين المعقودة، وما يكون على أمر في الماضي فلا يتحقق فيه اللغو والغموس، ولكن إذا كان يعلم خلاف ذلك أو لا يعلم فالطلاق واقع، وكذلك الحلف بنذرٍ؛ لأن هذا تنجيز وتحقيق.

وذكر في «المبسوط»: أن اليمين على نوعين:

نوع يعرفه أهل اللغة، وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به، ويسمون ذلك قسمًا، إلا أنَّهم يخصون ذلك بالله تعالى، وفي الشرع هذا النوع من اليمين، أي: تعظيم المقسم به، لا يكون إلا بالله تعالى، فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحالٍ.

والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء؛ لما فيها من معنى اليمين وهو المنع أو الإيجاب، ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك؛ لأنه ليس فيه معنى التعظيم، ثم بدأ الكتاب ببيان النوع الأول فقال: الأيمان ثلاث، ولم يرد به عدد الأيمان، فإن ذلك أكثر من أن تحصى، وإنما أراد أن اليمين بالله عزَّوجل تنقسم في أحكامها ثلاثة أقسام:

(١) يمين تكفر (٢) ويمين لا تكفر (٣) ويمين نرجوا أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها، فأمَّا التي تكفر فهي اليمين على أمر في المستقبل، لإيجاد فعل أو نفي فعل، وهذا عقدٌ مشروعٌ أمر الله تعالى به في بَيْعَة نصرة الحق، وفي المظالم والخصومات.

وهي في وجوب الحفظ أربعة أنواع:

(١) نوع منها يجب إتمام البر فيها، وهو أن يعقد على فعل طاعةٍ أمر به، أو امتناع من معصية،

---

(١) في هامش فيض الله أفندي - الأولى (ف١): فيه أن الضرب كذا والعدد أبدًا يتبع مفرد المعدود.

الْيَمِينُ الغَمُوسُ وَيَمِينٌ مُنْعَقِدَةٌ، وَيَمِينُ لَغْوٍ، (فَالغَمُوسُ هُوَ الحَلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ، فَهَذِهِ اليَمِينُ يَأْثَمُ فِيهَا صَاحِبُهَا) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ

وذلك فرض عليه قبل اليمين، وباليمين يزداد وكادةً.

(٢) ونوع لا يجوز حفظها، وهو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصية؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من حلف أن يطيع الله فليطعه، ومن حلف أن يعصى الله فلا يعصه».

(٣) ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر، والحنث خير فيه من البر فيندب فيه الحنث؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «من حلف على يمين ورأى غيرها خيرًا منها، فليأت الذي هو خير وليكفر يمينه»، وأدنى موجبات الأمر الندب.

(٤) ونوع يستوي فيه فعل البر والحنث في الإباحة فيتخيَّر بينهما، وحفظ اليمين أوْلى؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، وحفظ اليمين يكون بعد وجودها، فعرفنا أن المراد به حفظ البر، ومتى حنثَ في هذه اليمين فعليه الكفارة.

قوله: اليَمِينُ الغَمُوسُ، ذكر في «المغرب»: وفي بعض النُّسَخ: يمين الغموس، أي: يمين الفاجرة، وهو خطأ لغةً وسماعًا، يعني: يجب أن يقال: اليمين الغموس على وجه الصفة والموصوف، لا على وجه الإضافة؛ لأن إضافة الموصوف إلى صفته لا يجوز.

وبما ذكر في «المغرب» يعرف خطأ من يقول: إن قولهم يمين الغموس، كقولهم علم الطب، فإنه لا خلاف لأحدٍ في صحة هذه الإضافة؛ ولما أن الطبَّ ليس بصفة والغموس صفة فكيف تكون هذه الإضافة مثل تلك الإضافة؟

ثم ذكر في «المغرب»: وسُمِّيت غموسًا؛ لأنَّها تغمس صاحبها في الإثم ثم في النار، وكان بخطِّ شيخي رحمه الله: اليمين الغموس واليمين المنعقدة كلاهما بلفظ الصفة والموصوف، وَيَمِينُ لَغْوٍ، بطريق الإضافة.

قوله: فَالغَمُوسُ هِيَ الحَلِفُ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ، وذكر المضي ليس على الشرط فإنَّها تكون في الحال أيضًا، فإنه ذكر في «الإيضاح»، و«التحفة»: فهي اليمين على أمر في الماضي.

قوله: يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فِيهِ، والله ما فعلتُ كذا، وهو يعلم خلاف ذلك، أو اليمين على أمر

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ كَاذِبًا أَدْخَلَهُ اللهُ النَّارَ» (وَلَا كَفَّارَةَ فِيهَا إِلَّا التَّوْبَةَ وَالِاسْتِغْفَارَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: فِيهَا الكَفَّارَةُ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِرَفْعِ

في الحال نحو قوله: والله ما لهذا عليَّ دين وهو يعلم خلافه.

وفي «التحفة»: وفي الحال نحو قوله: والله إنه عمرو، مع علمه أنه زيد ونحوه.

وذكر في «المبسوط»: واليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة؛ لأن اليمين عقد مشروعٌ، وهذه كبيرة محضةٌ، والكبيرة ضدّ المشروع، ولكن سمَّاه يمينًا مجازًا؛ لأن ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمَّى النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بيع الحرِّ بيعًا مجازًا؛ لأن ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع.

ثمَّ لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها في الدنيا عندنا، ولكنها توجب التوبة والاستغفار، وعند الشافعي رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة، فمن أصله محل اليمين نفس الخبر، وشرط انعقادها القصد الصحيح، وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق؛ لأنها تنعقد موجبة للبر، ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر، فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلًّا لليمين، والعقد لا ينعقد بدون محله.

وحجته قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْۗ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، فالله تعالى أثبت المؤاخذة في الأيمان المكسوبة والغموس بهذه الصفة؛ لأنَّها بالقلب مقصودة، ثم فسَّر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَۖ﴾ [المائدة: ٨٩]، معناه: بما قصدتم، فالعقد هو القصد، ومنه سُمِّيت النية عقيدة، فأوْجَب الكفارة موصولة باليمين بقوله: ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾؛ لأن الفاء للوصل، وقال في آخر الآية: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، والكفارة بنفس الحلف إنَّما تجب في الغموس، والمراد بقوله تعالى: ﴿وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، الامتناع عن الحلف.

وحجتنا فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل

ذَنْبِ هَتَكَ حُرْمَةَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى، وَقَدْ تَحَقَّقَ بِالِاسْتِشْهَادِ بِاللهِ كَاذِبًا فَأَشْبَهَ

عمران: ٧٧] الآية، فقد بيَّن الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة، فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الأولى بيانها.

وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهنَّ»، وذكر فيها اليمين الفاجرة، والمعنى فيه أنَّها غير معقوده؛ لأن عقد اليمين للحظر أو للإيجاب، وذلك لا يتحقق في الماضي، والخبر الذي ليس فيه توهم الصدق، والعقد الذي لا ينعقد بدون محله، كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال.

ولأن الغموس محظورٌ محضٌ فلا يصلح سببًا للكفارة كالزنا والردَّة؛ وهذا لأن المشروعات تنقسم ثلاثة أقسام:

(١) عبادة محضة، وسببها مباح محض (٢) وعقوبة محضة كالحدود، وسببها محظور محض (٣) وكفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة، من حيث أنَّها لا تجب إلا جزاء تشبه العقوبة، ومن حيث أنه يفتى بها ولا تتأدى إلا بنية العبادة، وتتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادات، فينبغي أن يكون شبيهـًا مترددًا بين الحظر والإباحة، وذلك المعقودة على أمر في المستقبل، فباعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى باليمين مباح، وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببًا للكفارة.

فأمَّا الغموس فمحظور محض؛ لأن الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض، فمع الاستشهاد بالله تعالى أَوْلَى فلا يصلح سببًا للكفارة، ثم الكفارة تجب خلفًا عن البر الواجب باليمين، ولهذا لا يجب في المعقودة على أمر في المستقبل إلا بعد الحنث؛ لأن قبل الحنث ما هو الأصل قائمٌ، وهذا ممَّا يتصور في خبر فيه توهم الصدق أنه ينعقد موجبًا للأصل، ثم الكفارة خلفـًا عنه.

ومعنى قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، أي: إذا حلفتم وحنثتم.

ومن أسباب الوجوب ما هو مضمر في الكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم

الْمَعْقُودَةَ، وَلَنَا أَنَّهَا كَبِيرَةٌ مَحْضَةٌ، وَالكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ تَتَأَدَّى بِالصَّوْمِ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا تُنَاطُ بِهَا، بِخِلَافِ الْمَعْقُودَةِ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ، وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ مُتَعَلِّقٌ بِاخْتِيَارٍ مُبْتَدَإٍ، وَمَا فِي الغَمُوسِ مُلَازِمٌ فَيَمْتَنِعُ الإِلْحَاقُ.

مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]، معناه فافطر فعده من أيام أخر، ثم إن الله تعالى أوْجب الكفارة بعد عقد اليمين بقوله تعالى: ﴿بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩]، وإنما يتصور الانعقاد فيما يتصور فيه الحل؛ لأنه ضدّه، قال القائل:

خَطَرَاتُ الْهَوَى تَرُوحُ وَتَغْدُو * وَلِقَلْبِ الْمُحِبِّ حِلٌّ وَعَقْدُ

ولا يتصور ذلك في الماضي، والمراد بقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، المؤاخذة بالوعيد في الآخرة؛ لأن دار الجزاء في الحقيقة الآخرة، فأمَّا في الدنيا فقد يؤاخذ المطيع ابتلاءً، وينعم العاصي استدراجًا، والمؤاخذة المطلقة محمولة على المؤاخذة في الآخرة.

قوله: فَلَا تُنَاطُ بِهَا، أي: فلا تعلق الكفارة بالكبيرة.

فإن قيل: الظهار منكر من القول وزور، والزور كبيرة ومع ذلك وجبت فيه الكفارة؟

قلنا: إن الكفارة تجب بالعود وهو الغرم على الوطء، لا بمجرد الظهار على ما مرَّ.

فإن قيل: فإذا أفطر الصائم بالزنا أو بشرب الخمر تجب الكفارة وهما كبيرتان؟

قلنا: الكفارة هناك لا باعتبار أنَّهما حرامان وكبيرتان، بل باعتبار الفطر العمد في المشتهى، حتى أنه لو زنى أو شرب الخمر ناسيًا لا يفسد صومه ولا تجب الكفارة، ويجب الحد باعتبار أنَّهما في أنفسهما مباشرة كبيرة، وأمَّا اليمين الغموس فليست بيمين على الحقيقة، بل أطلق عليها اسم اليمين مجازًا على ما ذكرنا، فلا تجب الكفارة.

قوله: وَلَوْ كَانَ فِيهَا ذَنْبٌ فَهُوَ مُتَأَخِّرٌ، أي: لو كان في المعقودة ذنب وهو الحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى، فهو متأخر عن وقت اليمين فيرفع اليمين إذا وجد.

(وَالْمُنْعَقِدَةُ مَا يَحْلِفُ عَلَى أَمْرٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَنْ يَفْعَلَهُ أَوْ لا يَفْعَلَهُ وَإِذَا حَنِثَ فِي ذَلِكَ لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩] وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا (وَالْيَمِينُ اللَّغْوُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى أَمْرٍ مَاضٍ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ كَمَا قَالَ وَالأَمْرُ بِخِلَافِهِ فَهَذِهِ اليَمِينُ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤَاخِذَ اللهُ بِهِ صَاحِبَهَا) وَمِنَ اللَّغْوِ أَنْ يَقُولَ: وَاللهِ إِنَّهُ لَزَيْدٌ وَهُوَ يَظُنُّهُ زَيْدًا وَإِنَّمَا هُوَ عَمْرٌو، وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] الآيَةَ، إِلَّا أَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالرَّجَاءِ،

وأمَّا الذنب في الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فمقارن، فيمنعها عن الانعقاد، فكانت اليمين الغموس غير منعقدة، فلمَّا كان كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة في المنعقدة وجوبها في الغموس، فهذه النكتة إشارة إلى ما ذكره في «المبسوط» بقوله: ولأنه قارنها ما يحلها، ولو طرأ عليها رفعها فإذا قارنها منع انعقادها كالردَّة والرضاع في النكاح، بخلاف مسِّ السماء ونحوه فإنه لم يقارنها ما يحلها؛ لأنَّها عقدت على أمر في المستقبل فما يحلها انعدام الفعل في المستقبل، ولهذا يتوقت ملك اليمين بالتوقيت.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالرَّجَاءِ، هذا جواب سؤال مقدَّر، وذكر في «المبسوط» السؤال والجواب فقال:

فإن قيل: فما معنى تعليق محمد رحمه الله نفي المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله: نرجوا أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها، وعدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوصٌ، وما عرف بالنص فهو مقطوعٌ به.

قلنا: نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها، فإنما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها، وذلك غير معلوم بالنص مع أنه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء، إنما أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى كما مرَّ ثمَّة، رُويَ أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم كان إذا مرَّ بالمقابر قال: «عليكم السلام ديار قوم مؤمنين، وإنا إن شاء الله بكم

لِلِاخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ.

قَالَ: (وَالقَاصِدُ فِي اليَمِينِ وَالمُكْرَهِ وَالنَّاسِي سَوَاءٌ) حَتَّى تَجِبُ الكَفَّارَةُ لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَاليَمِينُ» وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، وَسَنُبَيِّنُ فِي الإِكْرَاهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَمَنْ فَعَلَ المَحْلُوفَ عَلَيْهِ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا فَهُوَ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ الفِعْلَ الحَقِيقِيَّ

لاحقون»، وما ذكر الاستثناء بمعنى الشك فإنه كان يتيقن الموت قال الله: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ۝٣٠﴾ [الزمر: ٣٠]، ولكن معنى ذكر الاستثناء ما ذكرنا.

قوله: لِلِاخْتِلَافِ فِي تَفْسِيرِهِ، وما ذكر في الكتاب من تفسير اللغو مرويٌّ عن زرارة بن أبي أوفى، عن ابن عباس رضي الله عنهم في إحدى الروايتين، ورُوي عن محمد رحمه الله قال: هو قول الرجل في كلامه: لا والله، وبلى والله، وهو قريب من قول الشافعي رحمه الله، فإن عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد، في الماضي كان أو في المستقبل، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما، وروت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في تفسير اللغو: «لا والله، وبلى والله».

وتأويله عندنا فيما يكون خبرًا عن الماضي، فإن اللغو ما يكون خاليًا عن الفائدة، والخبر في الماضي خالٍ عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوًا، وأمَّا في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين، وقد وردَ الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء، كذا في «المبسوط».

النَّاسِي فِي اليمين: أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ بلفظ اليمين ناسيًا بأن يقول لغيره: ألا تأتينا؟ فيقول: بلى والله، غير قاصد لليمين، وفي بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسي، وهو أن يريد أن يسبح فجرى على لسانه اليمين، كذا في «التقويم».

قوله: وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ، أي: في المكره والناسي، فيقول: لا تجب

لا يَنْعَدِمُ بِالإِكْرَاهِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَكَذَا إذَا فَعَلَهُ وَهُوَ مَغْمِيٌّ عَلَيْهِ أَوْ مَجْنُونٌ لِتَحَقُّقِ الشَّرْطِ حَقِيقَةً، وَلَوْ كَانَتِ الحِكْمَةُ رَفْعَ الذَّنْبِ فَالحُكْمُ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِهِ وَهُوَ الحِنْثُ لا عَلَى حَقِيقَةِ الذَّنْبِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الكفارة فيهما.

قوله: وَلَوْ كَانَتِ الحِكْمَةُ رَفْعَ الذَّنْبِ، هذا جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: الكفارة شرعت لأجل ستر الذنب ولا ذنبَ في المجنون، ينبغي أن لا تجب الكفارة إذا أتى المحلوف عليه حالة الجنون، فأجابَ عنه وقال: الحكم وهو وجوب الكفارة دائرٌ مع دليل الذنب وهو الحنث، لا مع حقيقة الذنب، كوجوب الاستبراء دائرٌ مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك، لا مع حقيقة الشغل، حتى أنه يجب وإن لم يوجد الشغل أصلًا، بأن اشترى جارية بكرًا، أو اشتراها من امرأة، وهذا كثير النظير، والله تعالى أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

(بَابُ مَا يَكُونُ يَمِينًا وَمَا لا يَكُونُ يَمِينًا)

قَالَ: (وَاليَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى أَوْ بِاسْمٍ آخَرَ مِنْ أَسْمَاءِ اللهِ تَعَالَى كَالرَّحْمنِ وَالرَّحِيمِ أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلَالِهِ وَكِبْرِيَائِهِ) لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا مُتَعَارَفٌ، وَمَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ القُوَّةُ حَاصِلٌ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ تَعْظِيمَ اللهِ وَصِفَاتِهِ فَصَلُحَ ذِكْرُهُ حَامِلًا وَمَانِعًا.

قَالَ: (إِلَّا قَوْلَهُ وَعِلْمِ اللهِ فَإِنَّهُ لا يَكُونُ يَمِينًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ،

باب ما يكون يميناً وما لا يكون

لمَّا ذكر ضروب الأيمان شرع في بيان ما يكون يميناً من الألفاظ وما لا يكون يميناً.

قوله: وَاليَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى، إلى قوله: أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا عُرْفًا كَعِزَّةِ اللهِ، اعلم أن المراد من الصفة هاهنا على خلاف ما أريد من الصفة في اصطلاح أهل النحو، فإن الصفة عندهم هي ما يمكن أن يوصف به غيره، سواء فيما كان لمسمَّاه جثة كراكب وجالس، أو فيما ليس لمسمَّاه جثة كمفهوم ومضمر، فإنه يصح أن يقال: رجل راكب، ومعنى مفهوم، فعلى هذا لا يكون العزة والجلال والكبرياء صفة عندهم حيث لا يقال: الله العزة والجلال.

وأمَّا هاهنا فالاسم عبارة عن لفظ دال على الذات مع صفته، كالرحمن والرحيم والعالم، والصفة عبارة عن المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسماء فاعلها كالرحمة والعلم والعزة.

وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعْلُومُ، يُقَالُ: اللّٰهُمَّ اغْفِرْ عِلْمَكَ فِينَا، أَيْ مَعْلُومَكَ (وَلَوْ قَالَ وَغَضَبِ اللهِ وَسَخَطِهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا) وَكَذَا وَرَحْمَةِ اللهِ؛ لِأَنَّ الحَلِفَ بِهَا غَيْرُ مُتَعَارَفٍ؛ وَلِأَنَّ الرَّحْمَةَ قَدْ يُرَادُ بِهَا أَثَرُهُ، وَهُوَ المَطَرُ أَوِ الجَنَّةُ وَالغَضَبُ وَالسَّخَطُ

قوله: وَلِأَنَّهُ يُذْكَرُ وَيُرَادُ بِهِ المَعْلُومُ، يُقَالُ: اللّٰهُمَّ اغْفِرْ عِلْمَكَ فِينَا، أَيْ مَعْلُومَكَ، وذكر في «المبسوط»: فالعراقيون من مشايخنا يقولون: الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء يمين، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يمينًا.

وقالوا: صفات الذات ما لا يجوز أن يوصف بضده كالقدرة، وصفات الفعل ما يجوز أن يوصف بضده، يقال: رحم فلانـًا، ولم يرحم فلانًا، وكذلك الغضب، وعلى هذا ينبغي أن يكون في القياس: وعلم الله يكون يمينًا؛ لأنه من صفات الذات، فإنه لا يوصف بضد العلم ولكنهم تركوا هذا القياس؛ لأن العلم يذكر بمعنى المعلوم يقول الرجل في دعائه: اللّٰهم اغفر لنا علمك فينا، أي: معلومك، ويقال: علم أبي حنيفة، أي: معلومه.

فإن قيل: وقد يقال أيضًا: انظروا إلى قدرة الله تعالى، والمراد المقدور، ثم قوله: وقدرة الله يمين.

قلنا: معنى قوله: انظروا إلى قدرة الله، أي: إلى أثر قدرة الله، ولكن يحذف المضاف ويقام المضاف إليه مقامه، فإن القدرة لا تعاين، ولكن هذا الطريق غير مرضيّ؛ لأنَّهم يقصدون بهذا الفرق الإشارةَ إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله، والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره، فلا يستقيم الفرق بين صفات الفعل وصفات الذات في حكم اليمين.

ومنهم من يعلل فيقول: رحمةُ الله الجنةُ قال الله تعالى: ﴿فَفِي رَحْمَةِ ٱللَّهِۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ۝١٠٧﴾ [آل عمران: ١٠٧]، وإذا كانت الرحمة بمعنى الجنة، والسخط والغضب بمعنى النار يكون حلفـًا بغير الله، وهذا أيضًا غير مرضيّ عندنا فإن الرحمة والغضب صفة الله تعالى، والأصح أن يقول: الأَيمان مبنية على العرف والعادة، فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينًا، وإلا فلا.

يُرَادُ بِهِمَا العُقُوبَةُ (وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا كَالنَّبِيِّ وَالكَعْبَةِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ» (وَكَذَا إِذَا حَلَفَ بِالقُرْآنِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ، قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ: وَالنَّبِيِّ وَالقُرْآنِ، أَمَّا لَوْ قَالَ: أَنَا بَرِيءٌ مِنْهُمَا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ التَّبَرِّي مِنْهُمَا كُفْرٌ.

والحلف بقدرة الله وكبريائه وعظمته متعارفٌ، وبرحمته وغضبه غير متعارفٌ، ولهذا لم يجعل قوله: وعلم الله يمينًا؛ لأن الحلف به غير متعارف، ولهذا قال محمدٌ رحمه الله: وأمانة الله إنه يمينٌ، ثمَّ لما سُئل عن معناهُ قال: لا أدري، فكأنه وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يمينًا، وفيه خلاف الطحاوي رحمه الله، فوجه رواية الأصل أنه يتعذر الإشارة إلى شيء بعينه على الخصوص أنه أمانة والحلف به متعارف، فعلمنا أنَّهم يريدون به الصفة فكأنه قال: والله الأمين.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حَالِفًا، إلى **قوله:** فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ، فإن قلتَ: قد أقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰ ۝١﴾ [الليل: ١] الآية، ﴿وَٱلضُّحَىٰ ۝١ وَٱلَّيۡلِ إِذَا سَجَىٰ ۝٢﴾ [الضحى: ١-٢] الآية، وقوله تعالى: ﴿فَلَآ أُقۡسِمُ بِمَا تُبۡصِرُونَ ۝٣٨ وَمَا لَا تُبۡصِرُونَ ۝٣٩﴾ [الحاقة: ٣٨-٣٩] وغيرها من الآيات، وهذا يؤذن على جواز أن يقسم بغير اسم الله تعالى وصفاته؛ لما ذكرت أن إقسامه إذنٌ بالإقسام؛ وذلك لما أن ما عظمه الله تعالى فهو واجب التعظيم، وفي الإقسام بالشيء تعظيم للمقسم به، فلا يبعد أن يكون للعبد ولاية تعظيم ما عظمه الله تعالى بالقسم كما لله تعالى، فكيف جاء النهي عنه؟

قلتُ: لا يصح هذا القياس؛ لأن لله تعالى ولاية الإيجاد والإعدام، والأمر والنهي، والتعظيم والتحقير، فلمَّا نَهى الله تعالى عبدَه عن الحلف بغيره لم يبق للعبد ولاية أن يحلف بغيره، فإن الله تعالى مفترض الطاعة، واحترام اسمه فرض لا زوالَ له، واحترام غيره ممَّا له زوال فإن حرمته لم تكن لذاته، فمن الجائز أن زالت حرمته أو أن لم تزل، لكن العبد لا يدري بأي وجه يجوز التعظيم، فلمَّا نَهى الله تعالى العبدَ عن تعظيم غيره بوجه الإقسام يجبُ على العبد أن ينتهي، وأمَّا الله تعالى فله ولاية أن يثبت الحرمة لمن شاء بما شاء إلى أيِّ وقت شاء،

قَالَ: (وَالحَلِفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ، وَحُرُوفُ القَسَمِ الوَاوُ كَقَوْلِهِ وَاللهِ وَالبَاءُ كَقَوْلِهِ بِاللهِ وَالتَّاءُ كَقَوْلِهِ تَاللهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَعْهُودٌ فِي الأَيْمَانِ وَمَذْكُورٌ فِي القُرْآنِ (وَقَدْ يُضْمِرُ الحَرْفَ فَيَكُونُ حَالِفًا كَقَوْلِهِ اللهِ لا أَفْعَلُ كَذَا) لِأَنَّ حَذْفَ الحَرْفِ مِنْ عَادَةِ العَرَبِ إِيجَازًا، ثُمَّ قِيلَ يُنْصَبُ لِانْتِزَاعِ الحَرْفِ الخَافِضِ، وَقِيلَ يُخْفَضُ فَتَكُونُ

وليس للعبد ذلك.

وما اعتاد الناس من الحلف بجان سر تُو، فإن اعتقد أنه حلف واعتقد أن البِرَّ به واجبٌ يكفر، كذا في «محاسن الشرائع».

وذكر في «تتمّة الفتاوى»: قال علي الرازي رحمه الله: أخاف على من قال: بحياتِي وحياتك وما أشبه ذلك أنه يكفر، ولو لا أن العامة يقولون ولا يعلمونه لقلتُ أنه شرك؛ لأنه لا يمين إلا بالله، وإنما جعل الله تعالى اليمين بالله ليرعوي الرجل، أي: ليمتنع الرجل إذا ذكر الله فلا يحلف هو، وإذا حلف بغير الله تعالى فكان أشرك معه، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: «لأن أحلف بالله كاذباً أحبُّ إليَّ من أن أحلف بغير الله صادقاً».

قوله: وَحُرُوفُ القَسَمِ الوَاوُ، - كقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهِ رَبِّنَا مَا كُنَّا مُشْرِكِينَ ﴿٢٣﴾﴾ [الأنعام: ٢٣] - وَالبَاءُ - كقوله تعالى: ﴿بِٱللَّهِ إِنَّ ٱلشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴿١٣﴾﴾ [لقمان: ١٣] - وَالتَّاءُ، كقوله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧].

قوله: وَقَدْ يُضْمِرُ الحَرْفَ، إلى أن قال: لِأَنَّ حَذْفَ الحَرْفِ، إلى آخره، ذكر لفظ الإضمار في رواية ولفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة؛ لما أن بينهما فرقاً، فإن المضمر ما يبقى أثره نحو قوله تعالى: ﴿ٱنتَهُواْ خَيْرًا لَّكُمْ﴾ [النساء: ١٧١]، أي: يكن الانتهاء خيرًا لكم، وقولهم: إن خيرًا فخيرٌ، والمحذوف هو ما لا يبقى أثره كقوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢].

قوله: ثُمَّ قِيلَ يُنْصَبُ، وهو مذهب أهل البصرة.

قوله: وَقِيلَ يُخْفَضُ، وهو مذهب أهل الكوفة، كذا في «المبسوط».

الكَسْرَةُ دَالَّةٌ عَلَى المَحْذُوفِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لِلَّهِ فِي المُخْتَارِ لِأَنَّ البَاءَ تُبَدَّلُ بِهَا، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿آمَنتُمْ لَهُ﴾ [طه: ٧١] أَيْ آمَنْتُمْ بِهِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: إِذَا قَالَ وَحَقِّ اللهِ فَلَيْسَ بِحَالِفٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - وَإِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ يَكُونُ يَمِينًا لِأَنَّ الحَقَّ مِنْ صِفَاتِ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ حَقِيَّتُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ وَاللهِ الحَقِّ وَالحَلِفُ بِهِ مُتَعَارَفٌ، وَلَهُمَا أَنَّهُ يُرَادُ بِهِ طَاعَةُ اللهِ تَعَالَى، إِذِ الطَّاعَاتُ حُقُوقُهُ فَيَكُونُ حَلِفًا بِغَيْرِ اللهِ، قَالُوا: وَلَوْ قَالَ وَالحَقِّ يَكُونُ يَمِينًا، وَلَوْ قَالَ حَقًّا لا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّ الحَقَّ مِنْ أَسْمَاءِ اللهِ تَعَالَى، وَالمُنَكَّرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الوَعْدِ.

(وَلَوْ قَالَ أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاللهِ أَوْ أَحْلِفُ أَوْ أَحْلِفُ بِاللهِ أَوْ أَشْهَدُ أَوْ أَشْهَدُ بِاللهِ

هذا مستقيم ولكن تعليله بانتزاع الخافض في النصب، وللدلالة على الكسرة في الجر ليس بمستقيم على ما عليه أهل النحو، بل النصب لإيصال فعل أحلف أو أقسم المقسم به عند حذف حرف الجر، فكان انتصابه على أنه مفعول به، وأمَّا الجر فلإضمار حرف الجر والعامل يعمل عمله عند الإضمار، بخلاف الحذف على ما ذكرنا.

وذكر في «فتاوى قاضي خان»: ولو قال: بالله لا أفعل كذا، وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينًا؛ لأنه ذكر اسم الله تعالى بحرف القسم، والخطأ في الإعراب لا يمنع صحة القسم.

قوله: لِأَنَّ البَاءَ تُبَدَّلُ بِهَا، أي: باللام.

قوله: وَالمُنَكَّرُ يُرَادُ بِهِ تَحْقِيقُ الوَعْدِ، فصار كأنه قال: افعل هذا لا محالة، وأمَّا: والحق، بحرف التعريف بأن قال: والحق لا أفعل كذا، فهو يمين بلا خلاف كقوله: والله، قال الله تعالى: ﴿وَلَوِ ٱتَّبَعَ ٱلْحَقُّ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المؤمنون: ٧١].

قوله: وَلَوْ قَالَ أُقْسِمُ أَوْ أُقْسِمُ بِاللهِ، إلى **قوله:** فَهُوَ حَالِفٌ، فإن قلتَ: اليمين هي ما

فَهُوَ حَالِفٌ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الأَلْفَاظَ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الحَلِفِ وَهَذِهِ الصِّيغَةُ لِلْحَالِ حَقِيقَةً وَتُسْتَعْمَلُ لِلِاسْتِقْبَالِ بِقَرِينَةٍ فَجُعِلَ حَالِفًا فِي الحَالِ، وَالشَّهَادَةُ يَمِينٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَى

كان حاملًا على فعل شيء أو تركه موجبًا للبر، وعند فواته موجبًا للكفارة على وجه الخلافة عن البر، ثم **قوله:** أُقْسِمُ، هاهنا لا يكون موجبًا من البر شيئًا بمجرده؛ لأنه لم يعقد يمينه على فعل شيء أو تركه فكيف يكون هو يمينًا؛ ولأن الكفارة إنما تكون لتستر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى، وليس في أُقْسِمُ مجردًا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبًا للكفارة.

ولأن **قوله:** أُقْسِمُ صيغة فعل مضارع، فكما تكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال، فلو وجبت الكفارة من حيث أنَّها للحال فلا تجبُ من حيث أنَّها للاستقبال، ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك، خصوصًا في حقِّ الكفارة فإنَّها ملحقةٌ بالحدود حتى أنَّها إذا اجتمعت تداخلت كالحدود.

قلتُ: ألحق **قوله:** أُقْسِمُ بقوله: عليَّ يمينٌ، فإن ذلك موجبٌ للكفارة ذكره في «الذخيرة» وغيرها فقال: ولو قال عليَّ يمينٌ أو يمين الله فهو يمين، وفي «المنتقى»: إذا قال عليَّ يمينٌ لا كفارة لها، يُريد (لا كفارة لها) هذا قول القائل بقوله: عليَّ يمين، أي: تجب عليه الكفارة بقوله: عليَّ يمين وإن نفى الكفارة صريحًا بقوله؛ لأن قوله: عليَّ يمينٌ، لمَّا كان موجبًا للكفارة لا يفيد قوله (لا كفارة لها) بعد ذلك يريد به الإيجاب فعليه يمين لها كفارة.[1]

وإنَّما كان كذلك لأن كلمة (على) للإيجاب، فلمَّا كان كذلك كان هذا إقرارًا عن موجب اليمين فموجب اليمين البرُّ إن أمكن، وإلا فالكفارة خلف عنه، ولم يمكن تحقيق لبرٍّ هاهنا؛ لأنه لم يعقد يمينه على فعل شيء أو تركه فكان إقرارًا عن موجب مُوجِبِ اليمين ـ هو الكفارة على وجه الخلافة، وبالإقرار تجب الحدود فكذا الكفارة، وكذلك في قوله: عليَّ

(١) قوله: وفي «المنتقى»، إلى قوله: وإنَّما كان كذلك، في بعض النُّسخ سقط هنا، فجاء فيها كما يلي: (وفي «المنتقى»: إذا قال عليَّ يمينٌ لا كفارة لها، يُريد به الإيجاب فعليه يمين لها كفارة)، وهذا كما ترى بدأ السقط من كلمة (يريد) الأولى إلى كلمة (يريد) الثانية، وما أثبتناه كاملًا هو من النُّسخ الأخرى.

﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ﴾ [المنافقون: ١] ثُمَّ قَالَ ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المجادلة: ١٦] وَالحَلِفُ بِاللهِ هُوَ المَعْهُودُ المَشْرُوعُ وَبِغَيْرِهِ مَحْظُورٌ فَصُرِفَ إِلَيْهِ،

نذر، ففيه كفارة يمين على ما يجيء بعد هذا، فلما كان كذلك في قوله: عليَّ يمين، وفي قوله: عليَّ نذر، كان في **قوله**: أُقسِمُ عند قران النيَّة بالقسم كذلك؛ لما أنَّ أصله الحال في استعمال الفقهاء، حتى جعل في الشرع قول المرأة: أختار نفسي، عند التخيير بمنزلة: أخترتُ، وكذلك قول الموحِّد: أشهدُ أن لا إله إلا الله، وقول الذي يشهد عند مجلس القضاء بقوله أشهد.

وحاصل ذلك أن **قوله**: أُقسِمُ لمَّا كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة بهذا التقدير الذي ذكرنا خرج الجوابُ عن جميع السؤالات، فإنه لمَّا كان عبارة عن الإقرار بوجوب الكفارة لم يحتج إلى وجوب البر ابتداءً، ولا إلى تصوير هتك اسم الله تعالى، ولا إلى جعل تلك الصيغة للاستقبال، ثم عندنا لا يتفاوت بين أن يقول: أُقسِمُ، وبين أن يقول: أُقسِمُ بِاللهِ، فكل واحدٍ منهما موجبٌ للكفارة.

وقال زفر رحمه الله بالفرق بينهما فأوجبَ اليمين والكفارة عند قران اسم الله تعالى ولم يوجب عند عدم قرانه، فكذلك قوله: أحلف وأشهد عندنا يكون يمينًا بدون أن يقرن به اسم الله تعالى، وعند زفر رحمه الله لا يكون يمينًا بدون ذكر اسم الله تعالى، أمَّا **قوله**: أُقسِمُ، فقال زفرُ رحمه الله لا يكون يمينًا؛ لأن هذا وعد بأن يقسم بهذا اللفظ.

وإنا نقول: هذا اللفظ عند القران به ذكر اسم الله تعالى أو عند عدم القران به يكون يمينًا، فنستدل فيه بقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُواْ لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ۝١٧ وَلَا يَسْتَثْنُونَ ۝١٨﴾ [القلم: ١٧-١٨]، والاستثناء يكون في اليمين، وقال الله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُواْ بِٱللَّهِ جَهْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٠٩]، وكذلك أحلف أو أحلف بالله، قال الله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْاْ عَنْهُمْ﴾ [التوبة: ٩٦] وقال: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ﴾ [التوبة: ٦٢]، فدلَّ أن كل واحد منهما يمين سواء ذكر قوله: بالله أو أطلق؛ لأن الحلف في الظاهر يكون بالله، وكذلك قوله: أشهد أو أشهد بالله كل واحد منهما يمين، قال الله تعالى: ﴿قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيْمَٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ١-٢]، فقد سمَّى شهادتهم

وَلِهَذَا قِيلَ لا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وَقِيلَ لا بُدَّ مِنْهَا لِاحْتِمَالِ العِدَّةِ وَاليَمِينِ بِغَيْرِ اللهِ. (وَلَوْ قَالَ بِالفَارِسِيَّةِ «سُوگَنْد مِيخُورِمْ بَخُدَایْ» يَكُونُ يَمِينًا) ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَالِ، وَلَوْ قَالَ «سُوگَنْد خُورِمْ» قِيلَ لا يَكُونُ يَمِينًا وَلَوْ قَالَ بِالفَارِسِيَّةِ «سُوگَنْد خُورِمْ بِطَلَاقِ زَنَمْ» لا يَكُونُ يَمِينًا؛ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ. قَالَ: (وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللهِ وَأَيْمُ اللهِ)؛ لِأَنَّ عَمْرَ اللهِ

يمينًا، وقال تعالى: ﴿أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝﴾ [النور: ٦]، واللعان يمين قال عليه الصلاة والسلام: «لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن».

ولأن قول الشاهد بين يدي القاضي: أشهدُ في معنى اليمين، ولهذا عظم الوزر في شهادة الزور؛ لأنَّها بمعنى اليمين الغموس، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا قِيلَ لا يَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وذكر اشتراط النية في «الإيضاح» فقال: فإذا قال: أقسم كان يمينًا؛ لأن هذه اللفظة تستعمل للتحقيق وللإيجاب كما تستعمل للإخبار عن المستعمل، كما في كلمة الشهادة يجعل إخبارًا عن الحال، فإذا نوى اليمين فقد جعله إيجابًا.

قوله: وَقِيلَ لا بُدَّ مِنْهَا - أي: لا بد من النية فيما إذا أطلق قوله: أقسم وغيره عن ذكر اسم الله تعالى - لِاحْتِمَالِ العِدَّةِ وَاليَمِينِ بِغَيْرِ اللهِ، بكسر اليمين بالعطف على الاحتمال، أي: اشتراط النية معلَّل بعلتين هاتين.

قوله: وَلَوْ قَالَ «سُوگَنْد خُورِمْ» قِيلَ لا يَكُونُ يَمِينًا، وفي «الذخيرة»: ولو قال: «مى خورم أو خورمى» يكون يمينًا، وقيل «سوگند خورم» يمين أيضًا مذكور في «فتاوى النسفي»، ولو قال: «سوگند خورده ام» إن كان صادقًا كان يمينًا وإن كان كاذبًا فلا شيء عليه، ولو قال: «مرا سوگند بطلاق است كه شراب بخورم» فشرب طلقت امرأته، وإن لم يكن حلف ولكن قال: قلتُ لدفع تعرضهم، لا يصدق قضاءً، ولو قال: «مرا سوگند خانه است كه شراب بخورم» فشرب طلقت امرأته.

قوله: وَكَذَا قَوْلُهُ لَعَمْرُ اللهِ، أي: فهو يمين أيضًا، وهو معطوف على أصل المسألة وهو

بَقَاءُ اللهِ، وَأَيْمُ اللهِ مَعْنَاهُ أَيْمَنُ اللهِ وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ وَاللهُ وَأَيْمُ صِلَةٌ كَالوَاوِ، وَالحَلِفُ بِاللَّفْظَيْنِ مُتَعَارَفٌ (وَكَذَا قَوْلُهُ وَعَهْدُ اللهِ وَمِيثَاقُهُ) لِأَنَّ العَهْدَ يَمِينٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللهِ﴾ [النحل: ٩١] وَالمِيثَاقُ عِبَارَةٌ عَنِ العَهْدِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ».

قوله: قَالَ أُقْسِمُ، إلى آخره.

وذكر في «المغرب»: العمر بالضم والفتح البقاء، إلا أن الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم، وفي «المبسوط»: لعَمْر الله يمين باعتبار المعنى، قال الله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ﴾ [الحجر: ٧٢]، والعمر هو البقاء، والبقاء من صفات الذات فكأنه قال: والله الباقي.

قوله: مَعْنَاهُ أَيْمَنُ اللهِ، وَهُوَ جَمْعُ يَمِينٍ، - وهذا مذهب نحوي الكوفة - وَقِيلَ مَعْنَاهُ وَاللهُ وَأَيْمُ صِلَةٌ، أي: **قوله:** وَأَيْمُ صِلَةٌ، وهو قول البصريين، كذا في «المبسوط».

وجعل في «المفصل» حذف نون أيمن وحذف همزته في الدرج من التخفيف في القسم، ففيه دليل على أن همزته عنده همزة قطع كما هو مذهب الفراء فإنه يزعم أنه جمع يمين، فهمزته همزة أَفْعُل الذي للجمع وهي همزة قطع، فإذا وصلت كان ذلك لأجل التخفيف في القسم، وذهب سيبويه إلى أنّها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الأول، فاجتلبت الهمزة للنطق بالساكن كما اجتلبت في ابن وأشباهه، فعلى هذا المذهب لا تكون الهمزة مخففة في الوصل لأجل القسم، كذا في «الإقليد».

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ نَذْرٌ أَوْ نَذْرُ اللهِ، اعلم أن هاهنا أربع مسائل:

الأولى: أن ينذر نذرًا مطلقاً بأن يقول: لله عليَّ نذر أو نذر الله فحسب فعليه كفارة يمين، وهذا التزام لكفارة اليمين ابتداءً بهذه العبارة، قال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ نَذَرَ نَذْرًا وَلَمْ يُسَمِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ».

(وَإِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ أَوْ كَافِرٌ تَكُونُ يَمِينًا)؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَعَلَ الشَّرْطَ عَلَمًا عَلَى الْكُفْرِ فَقَدِ اعْتَقَدَهُ وَاجِبَ الِامْتِنَاعِ،

والثانية: أن يقول: لله عليَّ صومُ يوم الجمعة، أو قال: عليَّ نذر صوم يوم الجمعة، فعليه الوفاء به وهو الذي ذكر بعد هذا بقوله: ومن نذر نذرًا مطلقاً فهو مطلق من حيث أنه لم يعلقه بشرط، يعني: لم يقل: إذا جاء فلان، أو إن شفى الله مرضي فللّه عليَّ صوم يوم الجمعة، أو نذر صوم يوم الجمعة.

والثالثة: إذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بما سمي.

والرابعة: أن يقول: عليَّ نذر أن لا أفعل كذا، أو عليَّ نذرًا لله أن لا أفعل كذا، فهذا ينعقد يمينًا وموجبه موجب اليمين، كذا ذكره الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله، ونذكر تمامه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

قوله: وَإِنْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَهُوَ يَهُودِيٌّ، إلى آخره، ثم هل يكفر بهذه اليمين أم لا؟ فقال في «المبسوط»: وقد رُوي عن محمد رحمه الله إذا قال: هو يهودي إن فعل كذا، هو نصراني إن فعل كذا، هما يمينان، وإن قال هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا، فهو يمين واحدة؛ لأن في الأول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء، وفي الثاني كلامٌ واحدٌ حين ذكر الشرط مرَّة واحدةً.

ولو حلف على أمر في الماضي بهذا اللفظ، فإن كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب فكان محمد بن مقاتل يقول: يكفر؛ لأنه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكأنه قال: هو كافر.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يكفر اعتبارًا للماضي بالمستقبل، ففي المستقبل هذا اللفظ يمين يكفرها كاليمين بالله، وفي الماضي هي بمنزلة الغموس أيضًا، والصحيح أنه إن كان الرجل عالمًا يعرف أنه يمين فإنه لا يكفر به في الماضي والمستقبل، وإن كان جاهلًا أو عنده أنه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل؛ لأنه لمَّا أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر قد رضي بالكفر.

وَقَدْ أَمْكَنَ القَوْلُ بِوُجُوبِهِ لِغَيْرِهِ بِجَعْلِهِ يَمِينًا كَمَا تَقُولُ فِي تَحْرِيمِ الحَلَالِ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِشَيْءٍ عَقَدَ فِعْلَهُ فَهُوَ الغَمُوسُ، وَلَا يَكْفُرُ اعْتِبَارًا بِالمُسْتَقْبَلِ، وَقِيلَ يَكْفُرُ؛ لِأَنَّهُ تَنْجِيزٌ مَعْنًى فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ هُوَ يَهُودِيٌّ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ فِيهِمَا إِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَمِينٌ، وَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالحَلِفِ يَكْفُرُ فِيهِمَا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالكُفْرِ حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى الفِعْلِ.

(وَلَوْ قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ أَوْ سَخَطُ اللهِ فَلَيْسَ بِحَلِفٍ) لِأَنَّهُ دُعَاءٌ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ؛ وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَكَذَا إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَأَنَا زَانٍ أَوْ سَارِقٌ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ آكِلُ رِبًا)؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ

قوله: وَقَدْ أَمْكَنَ القَوْلُ بِوُجُوبِهِ، أي: بوجوب الامتناع، كما نقول في تحريم الحلال فإنه موجب للكفارة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يكون يمينًا إلا في النساء والجواري.

ثم وجه تشبيه يمين أنه: إن فعله يهودي، بتحريم الحلال أن معنى اليمين في تحريم الحلال يتحقق بالقصد إلى المنع أو الإيجاب؛ لأن المؤمن يكون ممتنعًا عن تحريم الحلال، فإذا فعل ذلك فيمينه علامة فعله عرفنا أنه قصد منع نفسه من ذلك الفعل، فكذا في قوله: هو كافر إن فعل كذا؛ لأن حرمة الكفر حرمة باتة مُصْمتة كحرمة هتك حرمة اسم الله تعالى، فإذا جعل فعله علامة لذلك كان يمينًا، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ حُرْمَةَ هَذِهِ الأَشْيَاءِ تَحْتَمِلُ النَّسْخَ وَالتَّبْدِيلَ، أمَّا الزنا والسرقة فإنَّهما لا يحتملان النسخ، ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالًا له بوجه النكاح وملك اليمين، فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الشرعي نسخًا وتبديلًا.

وأمَّا الخمر والربا فيحتمل النسخ، أمَّا الخمر فظاهر فإنَّها كانت حلالًا ثم انتسخ، وأمَّا الربا فيحتمل النسخ في نفسه وإن لم يرد النسخ في حقه، ألا ترى أنه يحل في دار الحرب، فإذا

فَلَمْ تَكُنْ فِي مَعْنَى حُرْمَةِ الِاسْمِ وَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَارَفٍ.

كان كذلك لم تكن حرمة هذه الأشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى؛ لأن حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق هذه اليمين بذكر هذه الأشياء.

أو نقول: إنه لا يكون زانيًا ولا سارقًا بمجرَّد قوله: أنا زانٍ أو سارقٍ فيما بينه وبين الله تعالى، بدون الاتصال بالفعل، بخلاف قوله: أنا يهودي أو نصرانِي، والأصح في التعليل هو أن الحلف بهذه الأشياء من الزنا والسرقة غير متعارف فلا يكون يمينًا، بخلاف قوله: هو يهودي.

وذكر في «الذخيرة»: والحاصل أن كل شيء هو حرام حرمة مؤبَّدة بحيث لا يسقط حرمته بحال من الأحوال كالكفر وأشباهه، فاستحلاله معلقًا بالشرط يكون يمينًا، وكل شيء هو حرام بحيث تسقط حرمته بحال كالميتة والخمر وأشباه ذلك، فاستحلاله معلقًا بالشرط لا يكون يمينا، والله تعالى أعلم.

* * *

(فَصْلٌ فِي الكَفَّارَةِ)

قَالَ: (كَفَّارَةُ اليَمِينِ عِتْقُ رَقَبَةٍ يُجْزِي فِيهَا مَا يُجْزِي فِي الظِّهَارِ وَإِنْ شَاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كُلَّ وَاحِدٍ ثَوْبًا فَمَا زَادَ، وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ كَالإِطْعَامِ فِي كَفَّارَةِ الظِّهَارِ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآيَةَ، وَكَلِمَةُ أَوْ لِلتَّخَيُّرِ فَكَانَ الوَاجِبُ أَحَدَ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ. قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى أَحَدِ الأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ.

فصل في الكفارة

لمَّا ذكر المَوْجِب شرع في بيان المَوْجَب وهو الكفارة، لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب؛ لأن اليمين لم تشرع للكفارة، بل قد تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُخَيَّرُ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ، فإن قلتَ: هو لا يعمل بالمطلق عند ورود النصين من المطلق والمقيد، بل يحمل المطلق على المقيد فكيف لم يحمل هاهنا مع ورود القرائن مطلقًا ومقيدًا؟

قلتُ: فإنه يقول: اتجه هاهنا أصلان متعارضان:

أحدهما: مقيَّد بقيد التفرق وهو صوم المتعة في الحج.

والثاني: مقيَّد بقيد التتابع وهو صوم كفارة القتل والظهار، فلم يمكن لي إلحاق هذا المطلق بأحد المقيدين بعينه لئلا يترك النص المقيَّدُ الآخرُ الذي يعارضه، فعملت بالمطلق

وَلَنَا قِرَاءَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ - فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ كَالخَبَرِ المَشْهُورِ، ثُمَّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدْنَى الكِسْوَةِ مَرْوِيٌّ عَنْ مُحَمَّدٍ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ أَدْنَاهُ مَا يَسْتُرُ عَامَّةَ بَدَنِهِ حَتَّى لا يَجُوزَ

على إطلاقه لذلك.

قلنا: صوم المتعة غير مقيد بالتفرق ولكن لا يجوز قبل يوم النحر؛ لأنه مضافٍ إلى وقت الرجوع بحرف إذا في قوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فلم يصح تعليله بالتفرق، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَنَا قِرَاءَةُ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ وَهِيَ كَالخَبَرِ المَشْهُورِ، وفي «المبسوط»: ولكنا نوجب صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه: فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ، ثم قال: فنحتاج إلى الفرق بين هذا وبين صدقة الفطر فقد ورد هناك حديثان:

أحدهما قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أدوا عن كل حرٍّ وعبدٍ»، والثاني قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أدُّوا عن كل حرٍّ وعبدٍ من المسلمين»، ثم لم نحمل المطلق على المقيد هناك حتى أوجبنا صدقة الفطر عن العبد الكافر؛ وهذا لأن المطلق والمقيد هناك في السبب واحد ولا منافاة بين السببين، فالتقييد في أحد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الإطلاق في الحديث الآخر، بناءً على أصلنا أن التعليق بالشرط لا يقتضي نفي الحكم عند عدم الشرط، وهاهنا المطلق والمقيد في الحكم وهو الصوم الواجب كفارة، وبين التتابع والتفرق منافاة في حكم واحد، فمن ضرورة ثبوت صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه أن لا يبقى مطلقاً.

قوله: ثُمَّ المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ فِي بَيَانِ أَدْنَى الكِسْوَةِ، وهو قوله في أول الفصل: وَأَدْنَاهُ مَا يَجُوزُ فِيهِ الصَّلَاةُ، وهو كالسراويل، وهو مروي عن محمد رحمه الله، وفي رواية أخرى عنه أنه قال: إن أعطى المرأة لا يجوز وإن أعطى الرجل يجوز؛ لأن المعتبر ردُّ العري بقدر ما تجوز به الصلاة؛ لأن ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه، وأمَّا ما زاد عليه فضل يصير

السَّرَاوِيلَ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ لَابِسَهُ يُسَمَّى عُرْيَانًا فِي العُرْفِ، لَكِنَّ مَا لَا يُجْزِيهِ عَنِ الكِسْوَةِ يُجْزِيه عَنِ الطَّعَامِ بِاعْتِبَارِ القِيمَةِ (وَإِنْ قَدَّمَ الكَفَّارَةَ عَلَى الحِنْثِ لَمْ يُجْزِهِ)

للتجمل أو للتدفُّؤ، فلا يؤخذ عليه في الكسوة كما لا يؤخذ عليه الإدام في الطعام.

إذا ثبتَ هذا فنقول: إذا أعطى الرجل سراويل فقد أعطاه ما يستر به عورته، فإذا أعطاه المرأة فلم يعطها ما تستر به عورتها، كذا في «الذخيرة».

قوله: لَكِنَّ مَا لَا يُجْزِيهِ عَنِ الكِسْوَةِ يُجْزِيه عَنِ الطَّعَامِ، فإنه لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأن الاكتساء به لا تحصل، ولكنه تجزيه من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوبًا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة؛ لأنه لا يكتسى به كل واحدٍ منهم ولكن يجزيه من الطعام، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: مثل هذا لم يصح في صدقة الفطر فكيف صحَّ هاهنا؟ وهو أن كل واحد من الكسوة والطعام منصوص عليه، وما كان منصوصًا عليه في باب لا يصلح بدلًا في ذلك الباب عن غيره، كالتمر مع الحنطة في صدقة الفطر، فإنه لو أدّى نصف صاع من تمرٍ تبلغ قيمته نصف صاع من حنطةٍ لا يجوز لما قلنا، وقد ذكرناه في صدقة الفطر.

قلتُ: نعم كذلك إلا أن أصحابنا رحمهم الله فرقوا بين الكسوة والطعام وبين التمر والحنطة فقالوا: إن الطعام مع الكسوة شيئان مختلفان صورةً وهذا ظاهر، ومعنًى؛ لأن المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري، والمطلوب من الطعام رد الجوع، فجاز أن يكون أحدهما بدلًا عن الآخر باعتبار القيمة كالدراهم مع الطعام، أمَّا التمر مع الحنطة إن كانا شيئين صورةً فهما شيءٌ واحدٌ معنًى؛ لأن المقصود منهما واحد وهو رد الجوع، فاعتبار الصورة إن كان يجوز أن يكون أحدهما بدلًا عن الآخر كما في الدراهم، فاعتبار المعنى يمنع؛ لأن الشيء الواحد لا يتصور أن يكون بدلًا وأصلًا.

ثم هل تشترط النية؟ ذكر شيخ الإسلام: في ظاهر الرواية يجزيه نوى أن يكون بدلًا عن الطعام أو لم ينو، وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا نوى أن يكون بدلًا عن الطعام يجزيه عن الطعام،

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُجْزِيهِ بِالمَالِ لِأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ وَهُوَ اليَمِينُ فَأَشْبَهَ التَّكْفِيرَ بَعْدَ الجَرْحِ، وَلَنَا أَنَّ الكَفَّارَةَ لِسَتْرِ الجِنَايَةِ وَلا جِنَايَةَ هَاهُنَا، وَلَيْسَتْ بِسَبَبٍ لِأَنَّهُ مَانِعٌ غَيْرُ مُفْضٍ، بِخِلَافِ الجَرْحِ لِأَنَّهُ مُفْضٍ (ثُمَّ لا يَسْتَرِدُّ مِنَ المِسْكِينِ) لِوُقُوعِهِ صَدَقَةً.

وإن لم ينوه لا يجزه، وقال زفر رحمه الله: لا يجزيه نوى أو لم ينو، كذا في «الذخيرة».

قوله: لِأَنَّهُ أَدَّاهَا بَعْدَ السَّبَبِ؛ لأنها تضاف إلى اليمين والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقةً، ومن قال: عليَّ يمين، تلزمه الكفارة باعتبار أن التزام السبب يكون كناية عن الواجب به.

وحجتنا في ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه: «لا تسأل الإمارة فإنك لو أعطيتها عن مسألة وُكِلَت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أُعِنْت عليها، وإذا حلفتَ على يمين ورأيت غيرها خيرًا منها فأت بالذي هو خير وكفر عن يمينك»، وما رواه الشافعي رحمه الله محمولٌ على التقديم والتأخير بدليل ما روينا، وهذا المعنيين:

أحدهما: أن الأمر يفيد الوجوب حقيقةً، ولا وجوب قبل الحنث بالاتفاق.

والثانِي: أن قوله فليكفر أمر بمطلق التكفير، ولا يجوز مطلق التكفير إلا بعد الحنث، فأمَّا قبل الحنث عنده فيجوز بالمال دون الصوم، وليس هذا من باب التخصيص؛ لأن ما يكفر به ليس في لفظه، والتخصيص في الملفوظ الذي له عموم دون ما ثبت بطريق الاقتضاء، والمعنى فيه أن مجرَّد اليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة؛ لأن أدنى حدِّ السبب أن يكون مؤديًا إلى الحكم طريقًا له، واليمين مانعة من الحنث محرمة له، فكيف تكون موجبة لما يجب بعد الحنث؛ ولأن الكفارة لا تجب إلا بعد ارتفاع اليمين، فإن بالحنث اليمين يرتفع، وما يكون سببًا للشيء فالوجوب يُوقف على تقرره لا على ارتفاعه.

والدليل عليه أن اليمين ليست بسبب للتكفير بالصوم حتى لا يجوز أداؤه قبل الحنث، وبعد وجود السبب الأداء جائز تديُّنًا كان أو ماليـًا، ألا ترى أن صوم المسافر في رمضان يجوز لوجود السبب، وإن كان الأداء متأخرًا إلى أن يدرك عدَّة من أيام أخر، وإضافة الكفارة إلى اليمين؛ لأنَّها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم والإحرام بهذا الطريق.

قَالَ (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَعْصِيَةٍ مِثْلَ أَنْ لَا يُصَلِّيَ أَوْ لا يُكَلِّمَ أَبَاهُ أَوْ لَيَقْتُلَنَّ فُلَانًا يَنْبَغِي أَنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ وَيُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِّنْهَا فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ»؛

ولئن سلمنا أن اليمين سبب فالكفارة إنما تجب خلفًا عن البرِّ الواجب باليمين ليصير عند أدائها كأنه تمَّ على بره، ولا معتبر بالخلف في حال بقاء الأصل، وقبل الحنث ما هو الأصل باق وهو البرُّ، فلا تكون الكفارة خلفاً كما لا يكون التيمم طهارةً مع القدرة على الماء، يقرره أن الكفارة توبة كما قال الله تعالى في كفارة القتل: ﴿تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ٩٢] الآية، والتوبة قبل الذنب لا تكون، وهو في عقد اليمين يعظم حرمة اسم الله تعالى، وإنما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث، فالتكفير قبل الحنث بمنزلة الطهارة قبل الحدث، بخلاف كفارة القتل فإنه جزاء جنايته، وجنايته في الجرح إذ لا صنع له في زهوق الرُّوح.

وبخلاف الزكاة فإنه شكر النعمة، والنعمة هي المال دون مضي الحول، فكان حولان الحول باختلافه تأجيلًا فيه، والتأجيل لا ينفي الوجوب فكيف ينفي تقرر السبب، كذا في «المبسوط».

قوله: لِقَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ»، أي: المقسم عليه وهو الفعل أو تركه، واليمين مركبة من مقسم به وهو الله، ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانًا مثلًا، فذكر هاهنا الكل وأراد به البعض، أو أراد باليمين محله وهو القتل وغيره، فكان من قبيل إطلاق اسم الحال على المحل، وهذا كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٤]، أي: حاجزًا لما حلفتم عليه، وسمي المحلوف عليه يمينًا لتلبسه باليمين كما قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم لعبد الرحمن بن سمرة: «إذاحلفت على يمين» الحديث، أي: على شيء مما يحلف عليه، وقوله تعالى: ﴿أَن تَبَرُّوا۟ وَتَتَّقُوا۟ وَتُصْلِحُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢٤] عطف بيان لأيمانكم، أي: الأمور المحلوف عليها التي هي البرُّ والتقوى والإصلاح بين الناس، كذا في «الكشاف».

قوله: فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ ثُمَّ لِيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ، وفيما رواه الشافعي: فليكفر يمينه

وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَاهُ تَفْوِيتُ البِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الكَفَّارَةُ وَلا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ.

(وَإِذَا حَلَفَ الكَافِرُ ثُمَّ حَنِثَ فِي حَالِ كُفْرِهِ أَوْ بَعْدَ إِسْلامِهِ فَلا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْيَمِينِ لِأَنَّهَا تُعْقَدُ لِتَعْظِيمِ اللهِ تَعَالَى، وَمَعَ الكُفْرِ لا يَكُونُ مُعَظِّمًا وَلا هُوَ أَهْلُ الكَفَّارَةِ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ. (وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا وَعَلَيْهِ إِنِ اسْتَبَاحَهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: لا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ

ثم ليأت الذي هو خير، وقد ذكرنا قبيل هذا آنفًا أن ما رويناه أَوْلَى لوجهين وقد ذكرناهما.

قوله: وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَاهُ، وهو تعقيب الكفارة عن الحنث، وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْنَاهُ - وهو الإتيان بالكفارة بعد الحنث - تَفْوِيتُ البِرِّ إِلَى جَابِرٍ وَهُوَ الكَفَّارَةُ؛ لما أن الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلناه، فتصلح الكفارة جابرة.

قوله: وَلا جَابِرَ لِلْمَعْصِيَةِ فِي ضِدِّهِ، الهاء راجعة إلى الموصول مع صلته وهو ما قلناه في **قوله:** فِيمَا قُلْنَاهُ، أي: لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي رحمه الله؛ لأن الحنث لمَّا تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث؛ لأن الجابرَ لا يتقدم، وعن هذا المعنى أُخّر سجدتا السهو عن مقام السهو إلى آخر الصلاة، مع أن العلة يقتضي اتصال المعلول بها وجوبًا وفعلًا؛ لما أنه لو أتى بسجدتَي السهو حال سهوه ثمَّ لو وقع سهو آخر بعده هل يسجد له أم لا؟ فإن سجد كان آتيًا بسجدتَي السهو مكرَّرةً وهو غير مشروع، وإن لم يأت بِهما بقي نقصان بلا جابر وهو أيضًا غير مشروع، فصحَّ ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «المبسوط» بقوله: فالتكفير قبل الحنث بمنزلة الطهارة قبل الحدث، فإنه إذا تطهر وهو متوضئ ثم أحدث لا تجدى له الطهارة المتقدمة على الحدث في حق جواز الصلاة وغيره، فكذلك هاهنا.

قوله: وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِمَّا يَمْلِكُهُ - بأن قال: حُرمت عليَّ ثوبي هذا، أو طعامي هذا - لَمْ يَصِرْ مُحَرَّمًا - أي: بعينه - وَعَلَيْهِ إِنِ اسْتَبَاحَهُ - بأن لبس ذلك الثوب أو أكل

تَحْرِيمَ الحَلَالِ قَلْبُ المَشْرُوعِ فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ تَصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ وَهُوَ اليَمِينُ، وَلَنَا أَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنْ إِثْبَاتِ الحُرْمَةِ، وَقَدْ أَمْكَنَ إِعْمَالُهُ بِثُبُوتِ الحُرْمَةِ لِغَيْرِهِ بِإِثْبَاتِ مُوجِبِ اليَمِينِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ، ثُمَّ إِذَا فَعَلَ مِمَّا حَرَّمَهُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا حَنِثَ وَوَجَبَتِ الكَفَّارَةُ وَهُوَ المَعْنَى مِنَ الِاسْتِبَاحَةِ المَذْكُورَةِ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِذَا ثَبَتَ تَنَاوَلَ كُلَّ جُزْءٍ مِنْهُ.

ذلك الطعام - كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وبما ذكرنا من التأويل بأنه لم يصر محرمًا لعينه خرج الجواب عما يرد شبهة بأن قيل: كيف قال: وَإِنِ اسْتَبَاحَهُ، أي: عمل فيه معاملة المباح وقد ذكر قبله لم يصر محرمًا، ولمَّا لم يصر محرمًا لم يصح فيه لفظ الاستباحة، ولا وجوب الكفارة، ولفظ الاستباحة إنما يذكر عند تناول الحرام، وكذلك وجوب الكفارة إنما يكون عند ارتكاب الحرام من وجه.

قلنا: إنه لم يصر محرمًا، أي: محرمًا لعينه، أمَّا هو صار محرمًا لغيره وهو اليمين الثابت في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ﴾ [التحريم: ١]، ومثل هذا يتحقق في جميع اليمين المنعقدة على المباح وعلى الطاعة بأن قال: والله لا يذكر اسم الله، فذكر اسم الله ليس بحرام لعينه بل هو طاعة، لكن صار حرامًا من حيث تضمنه هتك حرمة اسم الله تعالى، فكان فعله حرامًا لغيره، وهو في نفسه طاعة.

فإن قلتَ: في تحريم الحلال لم يتحقق شيء من ماهية اليمين فلا يكون يمينًا، ولا يجب فيه ما يجب في اليمين؛ وذلك لأن اليمين منحصرة في نوعين ولا ثالث لهما، وهما إمَّا تعظيم المقسم به وهو عند ذكر اسم الله تعالى، أو وقوع ما علقه وهو عند ذكر الشرط والجزاء، وليس في صورة تحريم الحلال التي ذكرناها شيء منهما فلا يكون يمينًا؛ ولأنه لا ولاية للعبد في تحريم ما حلله الله تعالى، فيبطل من حيث يوجد؛ لأنه لو اعتقد حرامًا للحلال الذي ثبت حله بالدليل القطعي يكفر.

قلتُ: نعم كذلك، إلا أن كل معقول يتضاءل عند ظهور النصوص السماعية، ويضمحل كل قياس عند بروز أصل الحجج الشرعية، وهو أن الله تعالى قال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [التحريم: ٢]، قيل: إن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم حرم العسل على نفسه،

(وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ) وَالقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ كَمَا فَرَغَ لِأَنَّهُ بَاشَرَ فِعْلًا مُبَاحًا وَهُوَ التَّنَفُّسُ وَنَحْوُهُ، هَذَا قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ البِرُّ لا يَتَحَصَّلُ مَعَ اعْتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ يَنْصَرِفُ إلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لِلْعُرْفِ فَإِنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِيمَا يَتَنَاوَلُ عَادَةً، وَلا يَتَنَاوَلُ المَرْأَةَ إلَّا بِالنِّيَّةِ لِإِسْقَاطِ اعْتِبَارِ العُمُومِ، وَإِذَا نَوَاهَا كَانَ إيلاءً وَلا تُصْرَفُ اليَمِينُ عَنِ المَأْكُولِ وَالمَشْرُوبِ، وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِغَلَبَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، وَكَذَا يَنْبَغِي فِي قَوْلِهِ «حَلَال بَرّ وَىْ حَرَامٌ» لِلْعُرْفِ.

وقيل: حرم مارية على نفسه فيعمل بهما، ولمَّا ثبت بهذه الآية أن التحريم المضاف إلى الجواري يكون يمينًا بالاتفاق، كذلك المضاف إلى سائر المباحات.

وعند الشافعي رحمه الله لا يكون هذا يمينًا إلا في الجواري والنساء، وقد ذكرنا التسوية بينهما من حيث النص؛ لأن النص لم يفصل بين أن يكون المحرم في الإماء أو في غيرها؛ ولأن معنى اليمين في هذا اللفظ يتحقق بالقصد إلى المنع أو الإيجاب؛ لأن المؤمن يكون ممتنعًا عن تحريم الحلال، فإذا جعل ذلك يمينه علامة فعله عرفنا أنه قصد منع نفسه من ذلك الفعل كما في قوله: والله، فإن الإنسان يكون ممتنعًا عن هتك حرمة اسم الله تعالى، فإذا جعل فعله علامة هتك حرمة اسم الله تعالى كان يمينًا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ قَالَ كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرَامٌ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، إلى أن قال: وَمَشَايِخُنَا قَالُوا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ عَنْ غَيْرِ نِيَّةٍ، وذكر في «التَّتِمَّة»: ولو قال: حلال الله عليَّ حرام، أو قال: حلال خداى، أو قال: حلال ايزد، وله امرأة ينصرف إليها من غير نية، وعليه الفتوى، وإن لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة في طلاق «النَّوازل».

وَاخْتَلَفُوا فِي قَوْلِهِ: «هَرْ چِه بَهْ دَسْتِ رَاسْتِ گِيرَمْ بَرْ وَىْ حَرَامْ» أَنَّهُ هَلْ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ؟ وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُجْعَلُ طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ لِلْعُرْفِ.

(وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ) لِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى». (وَإِنْ عَلَّقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ فَوُجِدَ الشَّرْطُ فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ) لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَلِأَنَّ المُعَلَّقَ بِالشَّرْطِ كَالمُنَجَّزِ عِنْدَهُ (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ: إِذَا قَالَ إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ أَوْ صَوْمُ سَنَةٍ

واختلفوا في **قوله**: «هَرْ چِه بَهْ دَسْتِ رَاسْتِ گِيرَمْ بَرْ وَىْ حَرَامْ»(١)، هاهنا ثلاثة ألفاظ ذكرها في «التَّتِمَّة» وقال: ولو قال: هَرْ چِه بَهْ دَسْتِ رَاسْتِ گِيرَمْ بَرْ وَىْ حَرَامْ، ينصرف إلى الطلاق بلا نية بالعرف، ولو قال: بدست چپ، لا يكون طلاقًا لعدم العرف، ولو قال: هر چه بدست گيرم(٢)، كان طلاقـًا، وأحاله إلى «فتاوى نجم الدين النسفي» رحمه الله.

قوله: وَمَنْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا، أي: مطلقـًا عن ذكر الشرط ولم يقيد بالشرط حيث قال: لله عليَّ صوم سنةٍ ولم يعلقه بشيء.

قوله: كَالمُنَجَّزِ عِنْدَهُ، أي: عند الشرط، ولو نجَّز النذر لم يخرج عنه بالكفارة، فكذا هنا.

قوله: وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، أي: رجع عن تعيين الوفاء بنفس النذر إلى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بعين ما التزم به، وحاصله أنه إن علق النذر بشرطٍ يريد كونه كقوله: إن شفى الله مريضي، أو ردَّ الله غائبي لا يخرج عنه بالكفارة.

وإن علق بشرط لا يريد كونه، كدخول الدار ونحوه يتخيَّر بين الكفارة وبين عين ما التزم، هكذا رُوي عن محمد رحمه الله، وهو قول الشافعي رحمه الله في الجديد، وكان يقول

---

(١) ذكرت في هامش نسخة فيض الله أفندي - الأولى (ف١) ترجمة هذا القول: أي: كل شيء أخذته بيميني فهو حرام عليَّ.

(٢) ذكرت ترجمة هذا القول في نسخة (ف١): أي: كل ما أخذته بيدي، من غير ذكر يمين ولا شمال.

أَوْ صَدَقَةُ مَا أَمْلِكُهُ أَجْزَأَهُ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ)
وَيَخْرُجُ عَنِ العُهْدَةِ بِالوَفَاءِ بِمَا سَمَّى أَيْضًا، وَهَذَا إِذَا كَانَ شَرْطًا لا يُرِيدُ كَوْنَهُ لِأَنَّ

في التقديم يتعيَّن كفارة اليمين.

ورُوي أن أبا حنيفة رحمه الله رجع إلى التخيير أيضًا، فإن عبد العزيز بن خالد الترمذي رحمه الله قال: خرجتُ حاجًّا فلما دخلتُ الكوفة قرأتُ كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة رحمه الله، فلمَّا انتهيت إلى هذه المسألة قال: قِفْ فإن من رأيي أن أرجع، فلمَّا رجعتُ من الحج إذا أبو حنيفة رحمه الله قد توفي، فأخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام فقال: يتخيَّر، وبِهذا كان يفتي إسماعيل الزاهد رحمه الله، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: وهذا اختياري أيضًا لكثرة البلوى به في هذا الزمان.

فوجه قوله الأول إطلاق قَوْلِهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «مَنْ نَذَرَ وَسَمَّى فَعَلَيْهِ الوَفَاءُ بِمَا سَمَّى»؛ ولأن معنى اليمين لا يوجد هاهنا؛ لأنه ليس في معنى تعظيم المقسَم به؛ ولأنه جعل دخول الدار علامة التزام الصوم والصدقة، وفي هذا الالتزام معنى القربة والمسلم لا يمتنع القربة فلم يكن فيه معنى اليمين، فلا يكون له خِيَرةُ جانب اليمين بالكفارة.

ووجه قوله الآخر قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «النذر يمين وكفارته كفارة اليمين»، فيحمل هذا على النذر المعلق بالشرط، وما رواه على النذر المرسل، أو المعلق بما يريد كونه ليكون جمعًا بين الآثار، والمعنى فيه أن كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعًا، أمَّا معنى النذر فظاهر، وأمَّا معنى اليمين؛ فلأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط؛ لأن الإنسان يمتنع عن التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة أن لا يفي بها، فيلحقه الوعيد الذي ذكره الله تعالى بقوله: ﴿وَرَهْبَانِيَّةً ٱبْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَٰهَا عَلَيْهِمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ فَٰسِقُونَ ۝٢٧﴾ [الحديد: ٢٧]، فإذا جعل دخول الدار علامة التزامه ويكون ممتنعًا عن التزامه كان يمينًا، وكذلك من حيث العرف يسمى يمينًا، يقال: حلف بالنذر، فلوجود اسم اليمين ومعناها قلنا يخرج بالكفارة، ولوجود معنى النذر قلنا لا يخرج عنه إلا بعين ما التزم، بخلاف النذر الملتزم، فاسم اليمين ومعناها غير موجود فيه، وكذلك المعلق بشرط يريد كونه؛ لأن معنى

فِيهِ مَعْنَى اليَمِينِ وَهُوَ المَنْعُ وَهُوَ بِظَاهِرِهِ نَذْرٌ فَيَتَخَيَّرُ وَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ شَرْطًا يُرِيدُ كَوْنَهُ كَقَوْلِهِ إِنْ شَفَى اللهُ مَرِيضِي لِانْعِدَامِ مَعْنَى اليَمِينِ فِيهِ وَهَذَا التَّفْصِيلُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) لِقَوْلِهِ

اليمين غير موجود فيه وهو القصد إلى المنع، بل قصده إظهار الرغبة فيما جعله شرطًا، والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز، كالعبد إذا أذن له مولاه بالجمعة يتخيَّر بين أداء الجمعة ركعتين أو الظهر أربعًا فهذا مثله، كذا في «المبسوط».

قوله: إِلَى أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، أي: النذر واليمين إذا كان فقيرًا يصوم ثلاثة أيام أو يصوم صوم نذر سنةً، وهذا التخيير جائز لاختلاف النذر واليمين معنى وإن اتحدا صورةً.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ، أي: محلوف عليه من فعل شيء أو تركه فقد ذكرناه.

وفي «المبسوط»: وإذا حلف على يمين أو نذر وقال إن شاء الله متصلًا به فلا شيء عليه عندنا، وقال مالك رحمه الله: يلزمه حكم اليمين والنذر؛ لأن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم الكلام.

ولكنَّا نستدل بقوله تعالى: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]، ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم.

وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم موقوفًا ومرفوعًا: «من حلف على يمين وقال: إن شاء الله فقد استثنى ولا حنثَ عليه ولا كفارة»، إلا أن ابن عباس رضي الله عنه كان يجوز الاستثناء وإن كان مفصولًا لقوله تعالى: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤]، يعني: إذا نسيت الاستثناء موصولًا فاسْتَثْنِ مفصولًا، ولسنا نأخذ بهذا فإن الله تعالى بين حكم الزوج الثاني بعد التطليقات الثلاث، ولو كان الاستثناء المفصول صحيحًا لكان المطلق يستثنى إذا ندم فلاحاجة إلى المحلِّل، وفي تصحيح الاستثناء مفصولًا إخراج العقود كلها من البيوع والأنكحة من أن تكون ملزمة، وإلى هذا أشار أبو حنيفة

- صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ» إِلَّا أَنَّهُ لا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ لِأَنَّهُ بَعْدَ الفَرَاغِ رُجُوعٌ وَلا رُجُوعَ فِي اليَمِينِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

رضي الله عنه حين عاتبه الخليفة فقال: أبلغ من قدرك أن تخالف جدِّي؟ قال: في ماذا يا أمير المؤمنين؟ قال: في الاستثناء المفصول؟ فقال: إنما خالفته مراعاة لعهودك، فإذا جاز الاستثناء المفصول فبارك الله لك في عهودك إذًا، فإنَّهم يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون فلا يبقى عليهم لزوم طاعتك، فندم الخليفة وقال: استر هذا عليَّ، وتأويل قوله عزَّوجلَّ: ﴿وَٱذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤]، أي: إذا لم تذكره في أول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولًا بكلامك.

ثمَّ الاستثناء مبطلٌ للكلام ومخرج له من أن يكون عزيمة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف رحمه الله هو بمعنى الشرط وقد ذكرناه في الطلاق.

قوله: فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ، فإن قيل: فلمَّا بطل اليمين بالاستثناء فكيف يتحقق برُّه والبرُّ إنما يكون في اليمين المثبت لا في المبطل؟

قلنا: أراد بالبرِّ هاهنا عدم الانعقاد لالتقائهما أي: البِرّ وعدم الانعقاد في حق عدم وجوب الكفارة؛ وذلك لأن البرَّ عدمُ الحنث، وعدم الحنث تارةً يكون بتحقيق برِّ اليمين، وتارةً يكون بعدم انعقاد اليمين، فكان معنى **قوله:** فَقَدْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ، أي: فلم ينعقد، والله تعالى أعلم.

(بَابُ اليَمِينِ فِي الدُّخُولِ وَالسُّكْنَى)

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ بَيْتًا فَدَخَلَ الكَعْبَةَ أَوِ المَسْجِدَ أَوِ البِيعَةَ أَوِ الكَنِيسَةَ لَمْ يَحْنَثْ)

باب اليمين في الدخول والسكنى

لمَّا كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه، لم يكن بدٌّ من ذكر أنواع الأفعال الواردة في اليمين محتبسة بالأبواب.

بقيَ الكلام في تخصيص السكنى والدخول بالتقديم على سائر الأفعال المهمة من الأكل والشرب وغيرهما، هو أن الترتيب الوجودي يقتضي الترتيب الوضعي وهو موجود هاهنا؛ وذلك أن الإنسان الذي يتحقق من اليمين بعد وجوده فأول ما يحتاج في حقه المسكن الذي يدخل فيه ويسكن، ثم يتوارد عليه سائر الأفعال من الأكل وغيره، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُمۡ وَٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ٢١ ٱلَّذِي جَعَلَ لَكُمُ ٱلۡأَرۡضَ فِرَٰشٗا وَٱلسَّمَآءَ بِنَآءٗ وَأَنزَلَ مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءٗ فَأَخۡرَجَ بِهِۦ مِنَ ٱلثَّمَرَٰتِ رِزۡقٗا لَّكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢١-٢٢].

الدخول: عبارة عن الانفصال من الظاهر إلى الباطن، والسكنى: عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام، فإن من جلسَ في المسجد أو باتَ فيه لا يعد ساكنًا، والكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام إنما يكون أن يسكن بنفسه وأهله ومتاعه إن كان له أهل ومتاع، وإن لم يكن فبالإقامة في ذلك المكان يومًا أو أكثر، إلى هذا أشار في «الذخيرة».

وذكر في «المغرب»: وأمَّا كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم فتعريب (كنشت)، عن الأزهري: وهي تقع على بيعة النصارى وصلاة اليهود، ويقال في الفارسية: البيعة: كليسا

لِأَنَّ البَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ وَهَذِهِ البِقَاعُ مَا بُنِيَتْ لَهَا (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزًا أَوْ ظُلَّةَ بَابِ الدَّارِ) لِمَا ذَكَرْنَا، وَالظُّلَّةُ مَا تَكُونُ عَلَى السِّكَّةِ، وَقِيلَ إِذَا كَانَ الدِّهْلِيزُ بِحَيْثُ لَوْ أُغْلِقَ البَابُ يَبْقَى دَاخِلًا وَهُوَ مُسَقَّفٌ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ عَادَةً.

ترسايان، والكنيسة: كنشت جهودان.

قوله: لِأَنَّ البَيْتَ مَا أُعِدَّ لِلْبَيْتُوتَةِ، فإن قيل: أليس أن الله تعالى سمَّى الكعبة بيتًا بقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ٩٦]، وسمى المساجد بيوتًا بقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ﴾ [النور: ٣٦].

قلنا: قد بيَّنا أن الأيمان لا تبنى على ألفاظ القرآن، وقد سمَّى بيت العنكبوت بيتًا، ثم هذا لا يدل على أن مطلق اسم البيت في اليمين يتناوله، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: يشكل هذا بما لو حلف لا يهدم بيتًا فهدم بيت العنكبوت، فإنه يحنث ذكره في «الفوائد الظهيريَّة» فقد أدخل بيت العنكبوت في تلك المسألة تحت مطلق اسم البيت ولم يدخل هاهنا، فما وجهه؟

قلتُ: وجهه وما يتلاحق به يأتِي في مسألة من حلف لا يأكل الرؤوس في باب اليمين في الأكل بالبيان الشافي والإيضاح الوافي إن شاء الله تعالى.

الدِّهْلِيزُ: ما بني للبيتوتة فيه سواء كان داخل البيت أو خارجه، وفي «المغرب»: وقول الفقهاء: ظلة الدار، يريدون بها السدة التي فوق الباب، وعن صاحب «الحصْر»: هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل.

وذكر في «الذخيرة»: ولو دخل ظلة باب دار ذكر في الكتاب أنه لا يحنث، و أراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء؛ لأنه لا ينطلق عليه اسم البيت؛ لأنه لا يبات فيه، وكذلك إذا كان فوقه بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق لا يحنث إذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه؛ لأنه ليس من جملة بيته.

(وَإِنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ) لِأَنَّهَا تُبْنَى لِلْبَيْتُوتَةِ فِيهَا فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ فَصَارَ كَالشَّتْوِيِّ وَالصَّيْفِيِّ، وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتِ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَرْبَعَةٍ، وَهكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ، وَقِيلَ الْجَوَابُ مُجْرًى عَلَى إِطْلَاقِهِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ دارًا فَدَخَلَ دَارًا خَرِبَةً لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَدَخَلَهَا بَعْدَمَا انْهَدَمَتْ وَصَارَتْ صَحْرَاءَ حَنِثَ) لِأَنَّ الدَّارَ اسْمٌ لِلْعَرْصَةِ عِنْدَ الْعَرَبِ وَالعَجَمِ، يُقَالُ دَارٌ عَامِرَةٌ، وَدَارٌ غَامِرَةٌ وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ الْعَرَبِ بِذَلِكَ وَالْبِنَاءُ

قوله: وَإِنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ ... وَقِيلَ هَذَا إِذَا كَانَتِ الصُّفَّةُ ذَاتَ حَوَائِطَ أَرْبَعَةٍ، وَهكَذَا كَانَتْ صِفَافُهُمْ، وفي «المبسوط»: من أصحابنا من يقول: هذا الجواب - أي: الجواب بالحنث - بناء على عرف أهل الكوفة؛ لأن الصفة عندهم اسم لبيت يسكنونها صيفاً، ومثلها في ديارنا تسمى كَاشَانَهْ، وأمّا الصفة ففي عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه فيقال: هذا صفة وليس ببيت، فلا يحنث، والأصح عندي أن مراده حقيقة ما نسميه الصُّفة، ووجهه أن البيت اسم لمبنى مسقّف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه، وهذا موجود في الصفة إلا أن مدخلها أوْسَع من مدخل البيوت المعروفة، فكان اسم البيت متناولًا لها فيحنث بسكناها، إلا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذٍ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه خص العام بنيته.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن القول الثاني وهو تقييد الصفة بعرفهم، فإن الصحيح هو الإطلاق لوجود معنى البيت الذي هو البيتوتة في الصفة.

قوله: وَقَدْ شَهِدَتْ أَشْعَارُ العَرَبِ بِذَلِكَ، قال لبيد، شعر:

عَفَتِ الدِّيارُ مَحَلُّهَا فَمُقَامُهَا * بمنًى تأبَّدَ غَوْلُها فرِجَامُهَا(١)

---

(١) عفت: أي: درست واندثرت، المحل: مكان الحلول، والمقام: حيث طال المكوث، منىً: جبل أحمر عظيم يشرف على ما حوله من الجبال وهو قريب من طخفة في بلاد كلاب، الغول: اسم موضع، الرجام: جبل مستطيل بناحية طخفة، وفي أصله ماء عذب تشرب منه بنو جعفر قوم لبيد. (ديوان لبيد ص:١٠٧).

وَصْفٌ فِيهَا غَيْرَ أَنَّ الوَصْفَ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

عفا يعفو: لازم ومتعد وهنا لازم، تأبّد المنزل، أي: أقفرَ وألفته الوحوش، الغول والرجام موضعان، يقول: عفت ديار الأحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للإقامة، وهذه الديار كانت بمنًى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية.

وقال النابغة:

يَا دارَمِيَّةَ بِالْعَلْيَاءِ فَالسَّنَدِ ❋ أَقْوَتْ وَطَالَ عَلَيْهَا سَالِفُ الْأَبَدِ

وقفتُ فيها أُصَيلانًا أسائلها ❋ عيَّتْ جَوابًا وما بالرَّبْعِ مِن أحدِ

إلا أواريَّ لأيًا ما أبيِّنها ❋ والنّؤيَ كالحَوْض بالمَظْلومة الجلَدِ

يخاطب دار هذه المرأة بالمكان المرتفع من الأرض، والسند ما قابلك من ارتفاع الوادي والجبل، ثم أخبر عنها فقالت: خلت عن أهلها أي: ذهبوا وطال عليها مرور ما مضى من الزمان، ثم يقول: وقفتُ في هذه الدار عشيَّة أسائلها عن أهلها أين ذهبوا وأين حلوا؟ فلم تقدر الدار على الجواب ولم يكن فيها أحد يجيبني.

الأصيل: الوقت بعد العصر إلى المغرب، ومن جمعه أصلان مثل بعير وبعران، ثم صغَّروا الجمع فقالوا أُصَيْلان ثم أبدلوا من النون لامًا فقالوا أصَيْلال، ثم يخبر عن غاية دروسها وخرابها بقوله: إلا أواريَّ، الأرى: محبس الدابة، لأيًا: أي جهدًا، يقال: فعل كذا بعد لأيٍ، أي: بعد شدة وإبطاءٍ تقول: بعد جهدي عرفتُ الأواريَ، شبَّه النوى وهي حفيرةٌ حول الخباء لئلَّا يدخلها ماء المطر بالحوض لمَّا لم يكن متدفِّقًا صغيرًا بانْهدام جوانبه.

وقوله: بالمظلومة الجلد، أي: بالأرض التي لا تحفر لصلابتها فجعلها مظلومة؛ لأنَّها تفرت في غير موضع الحفر.

وقال أيضًا قائلهم:

الدَّارُ دَارٌ وإن زَالت حَوائِطُه ❋ والبَيتُ ليس بِبَيْتٍ بَعْدِ تَهْدِيمِ

وهذا ظاهر، وعن هذا فرق بين قوله: لا تكلم هذا الشاب، فكلمه بعدما صار شيخًا

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيَتْ أُخْرَى فَدَخَلَهَا يَحْنَثُ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الِاسْمَ بَاقٍ بَعْدَ الِانْهِدَامِ، (وَإِنْ جُعِلَتْ مَسْجِدًا أَوْ حَمَّامًا أَوْ بُسْتَانًا أَوْ بَيْتًا فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ دَارًا لِاعْتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إذَا دَخَلَهُ بَعْدَ انْهِدَامِ الحَمَّامِ وَأَشْبَاهِهِ لِأَنَّهُ لا يَعُودُ اسْمَ الدَّارِيَةِ.

يحنث، بخلاف ما إذا كلم شيخًا كان هو شابًّا وقت يمينه، فإنه لا يحنث لهذا المعنى.

فإن قيل: لا كذلك فإن محمد رحمه الله ذكر في كتاب الوكالة أن الرجل إذا وكل رجلاً بشراء دار فاشترى دارًا خربةً، يقع الشراء للموكل، وعلى ما ذكر في الكتاب يجب أن لا يقع للموكل؛ لأن الصفة في الغائب المنكر معتبرة.

قلنا: الدار في اليمين نكرة من كل وجهٍ؛ لأنَّها لم تتعرف بوجه من الوجوه، وفي الوكالة قد تعرفت من وجه؛ لأن التوكيل بشراء الدار إنما يصح عند بيان الثمن والمحلة.

فإن قيل: البناء لا يخلو إمَّا أن يكون داخلًا في المسمَّى أو لم يكن، فإن كان داخلًا في المسمَّى وجبَ أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضرة في أنه يدخل كعرصتها، وإن لم يكن داخلًا وجب أن لا يختلف الحال أيضًا في أنه لا يدخل، كما إذا حلف لا يكلم رجلًا لا يتقيد يمينه برجل قاعدٍ عالمٍ، وكذا بسائر الصفات الخارجية عنه؛ وهذا لأن البناء وإن كان صفةً فهو غير منصوص عليه فلا يتقيد به وإن كانت غائبة كما في النظير، وهذه شبهة حارت النَّحارير في التفصي عنها.

قلنا: البناء صفة متعينة للدار، فجاز أن يكون هو مرادًا بحكم العرف لتعينه، وفي الرجال التزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال، وهذه الصفات بأسرها ممتنعٌ إرادتها عادةً، وليس البعض أوْلَى من البعض في الإرادة فتمتنع الإرادة أصلًا، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ دَارًا لِاعْتِرَاضِ اسْمٍ آخَرَ عَلَيْهِ، فمن ضرورة حدوث اسم البيت لهذه البقعة زوال اسم الدار، كذا في «المبسوط».

(وَإِنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذَا البَيْتَ فَدَخَلَهُ بَعْدَمَا انْهَدَمَ وَصَارَ صَحْرَاءَ لَمْ يَحْنَثْ) لِزَوَالِ اسْمِ البَيْتِ لِأَنَّهُ لا يُبَاتُ فِيهِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَتِ الحِيطَانُ وَسَقَطَ السَّقْفُ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ يُبَاتُ فِيهِ وَالسَّقْفُ وَصْفٌ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا بَنَى بَيْتًا آخَرَ فَدَخَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الِاسْمَ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ الِانْهِدَامِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَوَقَفَ عَلَى سَطْحِهَا حَنِثَ) لِأَنَّ السَّطْحَ مِنَ الدَّارِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المُعْتَكِفَ لا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ المَسْجِدِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لا يَحْنَثُ وَهُوَ اخْتِيَارُ الفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ.

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا دَخَلَ دِهْلِيزَهَا) وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي تَقَدَّمَ (وَإِنْ وَقَفَ فِي طَاقِ البَابِ بِحَيْثُ إِذَا أُغْلِقَ البَابُ كَانَ خَارِجًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ البَابَ

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّ المُعْتَكِفَ لا يَفْسُدُ اعْتِكَافُهُ بِالخُرُوجِ إِلَى سَطْحِ المَسْجِدِ، وكذلك لا يجوز التخلي والتغوّط على سطح المسجد، ولا يجوز للحائض والجنب الوقوف على سطح المسجد.

وذكر في «الإيضاح»: ولو كان فوق المسجد مسكن لم يحنث؛ لأن ذلك ليس بمسجد، يعني: فيما إذا عقد يمينه في أن لا يدخل المسجد.

قوله: وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لا يَحْنَثُ، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في هذا القول في «الجامع الصغير» بخلاف ما قاله في «فتاواه»، فإنه ذكر في «الجامع الصغير»: قيل هذا في عرفهم، أمّا في عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولًا فلا يحنث، ثم قال: والصحيح لجواب الكتاب يعني أنه يحنث، وذكر في «فتاواه» بعد ما ذكر جواب الكتاب بأنه يحنث، هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية فارتقى شجرة في الدار، أو قام على الحائط منها، أو صعد السطح لا يحنث في يمينه وهو المختار؛ لأن هذا لا يعد دخولًا في العجم.

لِإِحْرَازِ الدَّارِ وَمَا فِيهَا فَلَمْ يَكُنِ الخَارِجُ مِنَ الدَّارِ.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْنَثْ بِالقُعُودِ حَتَّى يَخْرُجَ ثُمَّ يَدْخُلَ) اسْتِحْسَانًا، وَالقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ لِأَنَّ الدَّوَامَ لَهُ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الدُّخُولَ لا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الخَارِجِ إِلَى الدَّاخِلِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لابِسُهُ فَنَزَعَهُ فِي الحَالِ لَمْ يَحْنَثْ) وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لا يَرْكَبُ هَذِهِ الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَنَزَلَ مِنْ سَاعَتِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ سَاكِنُهَا فَأَخَذَ فِي النَّقْلَةِ مِنْ سَاعَتِهِ، وَقَالَ زُفَرُ: يَحْنَثُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَإِنْ قَلَّ، وَلَنَا أَنَّ اليَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَيُسْتَثْنَى مِنْهُ زَمَانُ تَحْقِيقِهِ (فَإِنْ لَبِثَ

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الدُّخُولَ لا دَوَامَ لَهُ لِأَنَّهُ انْفِصَالٌ مِنَ الظَّاهِرِ إِلَى البَاطِنِ، ولم يوجد ذلك بعد يمينه إنَّما وجد المكث فيه، وذلك غير الدخول وهو واضح.

وذكر في «المبسوط»: ولو قال: والله لأدخلنَّه غدًا فأقام فيه حتى مضى الغد يحنث؛ لأن شرط برِّه وجود فعل الدخول في الغد ولم يوجد المكث فيه، فإن نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث؛ لأن المنوي من محتملات لفظه، فإن من الدخول المقصود الإقامة، فكأنه جعل ذكر الدخول كنايةً عمَّا هو المقصود فلذلك لا يحنث، وهذا بخلاف السكنى؛ لأنها فعل مستدام؛ لأنه يضرب له المدة فكان لدوامه حكم الابتداء.

وذكر في «الفوائد» دليل فرق بينهما فقال: ألا ترى أنه يقال في المتعارف للساكن: اسكن هنا، كما يقال لغير الساكن: اسكن هنا، ولا يقال للداخل: ادخل هذه الدار.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ: يَحْنَثُ، أي: قياسًا، وعندنا لا يحنث، أي: استحسانًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ اليَمِينَ تُعْقَدُ لِلْبِرِّ؛ لأن البرَّ مأمور به قال الله تعالى: ﴿وَٱحۡفَظُوٓاْ أَيۡمَٰنَكُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩]، والحنث منهي عنه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلۡأَيۡمَٰنَ بَعۡدَ تَوۡكِيدِهَا﴾

عَلَى حَالِهِ سَاعَةً حَنِثَ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَفَاعِيلَ لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمْثَالِهَا؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ يُضْرَبُ لَهَا مُدَّةٌ يُقَالُ رَكِبْتُ يَوْمًا وَلَبِسْتُ يَوْمًا بِخِلَافِ الدُّخُولِ لِأَنَّهُ لا يُقَالُ دَخَلْتُ يَوْمًا بِمَعْنَى المُدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ، وَلَوْ نَوَى الِابْتِدَاءَ الخَالِصَ يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ.

[النحل: ٩١].

فإن قيل: اليمين كما تعقد للبر فكذلك تعقد للحنث كما في قوله: لأمسّن السماء، ونحوه.

قلنا: هناك أيضًا عقدت للبر لتصور البر حقيقةً وإن لم يتصور عادةً، ولهذا يصح التوقيت به، وإنما يحنث بعد انعقاده للعجز عادةً؛ لا أنَّها عقدت للحنث، فإن تصوره حقيقةً كاف لانعقاد اليمين.

قوله: لِأَنَّ هَذِهِ الأَفَاعِيلَ - وهي اللبس والركوب والسكنى - **لَهَا دَوَامٌ بِحُدُوثِ أَمْثَالِهَا**؛ فكان لدوامها حكم الابتداء، وعن هذا قالوا: لو قال لها كلما ركبت فأنتِ طالق فمكثت ساعة تمكنها النزول فيها طلقت، وإن مكثت ساعة أخرى طلقت أيضًا؛ لما ذكرنا أن للدوام حكم الابتداء، وكلمة كلَّما تعم الأفعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط.

فإن قيل: لا كذلك، فإن الرجل لو قال: كلَّما ركبت دابة فعليَّ أن أتصدق بدرهم، فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب، وعلى ما قلتم ينبغي أن يلزمه الزيادة على الدرهم.

قلنا: الاستدامة فيما يستدام بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء بصفة الخلوص مرادًا، أمَّا إذا كان فلا، ولهذا قلنا أن في هذا الفصل إذا كان راكبًا زمان اليمين يلزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم؛ لأن الإنشاء بصفة الخلوص غير مراد، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيرية».

ولأنا لو قلنا بلزوم الدرهم في كل ساعة بدوامه في الركوب لا يبقى له ماله، وإن كثر فيلزم الحرج فكان الإنشاء غير مرادٍ فيه لهذا المعنى.

قوله: لِأَنَّهُ لا يُقَالُ دَخَلْتُ يَوْمًا بِمَعْنَى المُدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ، إنما قيَّد عدم الجواز في **قوله: يَوْمًا بِمَعْنَى المُدَّةِ وَالتَّوْقِيتِ**؛ لأنه يقال في مجاري الكلام كثيرًا، فلمَّا دخلتُ عليه يومًا قال

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَخَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَتَاعِهِ وَأَهْلِهِ فِيهَا وَلَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إِلَيْهَا حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ سَاكِنَهَا بِبَقَاءِ أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ فِيهَا عُرْفًا، فَإِنَّ السُّوقِيَّ عَامَّةَ نَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسْكُنُ سِكَّةَ كَذَا، وَالبَيْتُ وَالمَحَلَّةُ بِمَنْزِلَةِ الدَّارِ، وَلَوْ كَانَ اليَمِينُ عَلَى المِصْرِ لا يَتَوَقَّفُ البِرُّ عَلَى نَقْلِ المَتَاعِ وَالأَهْلِ فِيمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ لا يُعَدُّ سَاكِنًا فِي الَّذِي انْتَقَلَ عَنْهُ عُرْفًا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ،

لي كذا وكذا، ولمَّا خرجتُ منه يومًا كان كذا وكذا، فيقرن الدخول والخروج بقوله يومًا، لكن المراد منه ذكر مطلق وقت الدخول والخروج ابتداءً، لا أن يكون المراد منه ذكر المدَّة والتوقيت، بخلاف اللبس والسكنى والركوب، فإنَّها تقرن بمعنى المدة والتوقيت.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ، إلى قوله: حَنِثَ، وهذا إذا كان الحالف متأهلًا، فإن كان ممَّن يعوله غيره بأن كان ابنًا كبيرًا يسكن مع أبيه، أو كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه وخلف أهله متاعه هنالك لا يحنث، وقال الفقية أبو الليث رحمه الله: هذا إذا عقد يمينه بالعربية، أمَّا إذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث إذا خرج بنفسه وخلف أهله ومتاعه فيها، كذا في «الفوائد الظهيرية».

وهذه المسألة في الحقيقة تنبني على أصل في مسائل الأيمان بيننا وبين الشافعي رحمه الله: أن عنده العبرة لحقيقة اللفظ، والعادة بخلافها لا تعتبر؛ لأن المجاز لا يعارض الحقيقة، وعندنا العادة الظاهرة اصطلاح طارئ على حقيقة اللغة، والحالف يريدُ ذلك ظاهرًا فيحمل كلامه عليه، ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين: والله لأجرَّنك على الشوك، يحمل ذلك على شدة المطل دون حقيقة اللفظ، وكان مالك رحمه الله يقول: ألفاظ اليمين محمولة على ألفاظ القرآن، وهذا بعيد أيضًا، فإن من حلف لا يستضيء بالسراج فاستضاء بالشمس لا يحنث، والله عزَّوجل سمى الشمس سراجًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ اليَمِينُ عَلَى المِصْرِ لا يَتَوَقَّفُ البِرُّ عَلَى نَقْلِ المَتَاعِ، يعني: لو حلف لا يسكن هذه البلدة فخرج وترك أهله ومتاعه فيها برَّ في يمينه، هكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه

وَالقَرْيَةُ بِمَنْزِلَةِ المِصْرِ فِي الصَّحِيحِ مِنَ الجَوَابِ، ثُمَّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ كُلِّ المَتَاعِ، حَتَّى لَوْ بَقِيَ وَتَدٌ يَحْنَثُ لِأَنَّ السُّكْنَى قَدْ ثَبَتَ بِالكُلِّ فَيَبْقَى مَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - يُعْتَبَرُ نَقْلُ الأَكْثَرِ لِأَنَّ نَقْلَ الكُلِّ قَدْ يَتَعَذَّرُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ مَا يَقُومُ بِهِ كَدَخْدَائِيَّتِهِ؛

الله؛ لأنه لمَّا خرج بنفسه انتقض سكناه، لا يقال لمن كان بالكوفة وأهله ومتاعه بالبصرة: هو من ساكني البصرة، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: حَتَّى لَوْ بَقِيَ وَتَدٌ حَنِثَ لِأَنَّ السُّكْنَى قَدْ ثَبَتَ بِالكُلِّ، فإن قيل: قد ينتفي الشيء بانتفاء البعض كما ينتفي بانتفاء الكل كمجموع العشرة والدينار مثلًا، فلِمَ لم ينتف السكنى هاهنا بانتفاء البعض؟

قلنا: المجموع ينتفي بانتفاء البعض إذا كان المجموع من حيث الأجزاء كمجموع العشرة، أمَّا إذا كان من حيث الإفراد لا ينتفي بانتفاء البعض كالرجال لا ينتفي بانتفاء بعض الرجال؛ لأن بعد ذلك يبقي الرجال، أمَّا العشرة فعشرة باعتبار أجزائها فما نقص منها شيء لا تبقى عشرة، والسكنى من قبيل الإفراد؛ لأنه يقال ساكنًا باعتبار بقاء البعض.

قوله: فَإِنَّ السُّوقِيَّ عَامَّةَ نَهَارِهِ فِي السُّوقِ وَيَقُولُ أَسْكُنُ سِكَّةَ كَذَا،[1] فصح الإخبار بالسكنى فيها، مع أن المخبر ليس هو فيها في عامة أوقاته.

وذكر في «المبسوط»: فإن نقل بعض الأمتعة فالمرويُّ عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يحنث إذا ترك بعض أمتعته؛ لأنه كان ساكنًا فيها بجميع الأمتعة فيبقى ذلك ببقاء بعض الأمتعة فيها، وهو أصلٌ لأبي حنيفة رحمه الله فيها حتى جعل بقاء صفة السكون في العصير مانعًا من أن يكون خمرًا، وبقاء مسلم واحد آمنًا في بلدة ارتدَّ أهلها مانعًا من أن تصير دارَ حرب، إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا إذا كان الباقي يتأتى به السكنى، وأمَّا ببقاء مسكنه أو وتدٍ أو قطعة حصير فيها لا يبقى ساكنًا فيها فلا يحنث.

(١) مرَّ هذا النص في الصفحة السابقة.

لِأَنَّ مَا وَرَاء ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ السُّكْنَى، قَالُوا: هَذَا أَحْسَنُ وَأَرْفَقُ بِالنَّاسِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى مَنْزِلٍ آخَرَ بِلا تَأْخِيرٍ حَتَّى يَبَرَّ، فَإِنِ انْتَقَلَ إِلَى السِّكَّةِ أَوْ إِلَى المَسْجِدِ قَالُوا لا يَبَرُّ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ أَنَّ مَنْ خَرَجَ بِعِيَالِهِ مِنْ مِصْرِهِ فَمَا لَمْ يَتَّخِذْ وَطَنًا آخَرَ يَبْقَى

وقال أبو يوسف رحمه الله: يعتبر نقل الأكثر، ومحمد رحمه الله اعتبر ما يتأثَّث به؛ لأن السكنى به عادةً تكون، والفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله، قالوا: هذا الاختلاف في نقل الأمتعة، فأمَّا الأصل فلا بدَّ من نقلهم بلا خلاف، كذا في «الفوائد الظهيرية».

وفي «الشافي»: إن لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل إليه لم يحنث، خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأن حالة الضرورة مستثناة.

وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة، أو كان شريفاً أو ضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحدًا ينقلها، لم يحنث حتى يجد من ينقلها، ويلحق الموجود بالعدم للعذر، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

فإن قلتَ: يشكل على ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله من عدم الحنث في حالة العذر ما ذكره الشيخ الإمام أبوبكر محمد بن الفضل رحمه الله وهو أن من قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق، فقُيِّد أو منع من الخروج يحنث، وكذا لو قال لامرأته وهي في منزلِ والدِها: إن لم تحضر الليلة منزلي فأنت طالق، فمنعها الوالد عن الحضور يحنث.

قلتُ: إنما نشأ الفرق بينهما، من حيث أن شرط الحنث في مسألة الكتاب فعله من السكنى وهو أمر وجودي، وفيما ذكره الفضلي شرط الحنث عدم الخروج وعدم الحضور، والأمر العدمي لا يتوقف تحققه إلى الاختيار بل يتحقق العدم بدون الاختيار، وأمَّا السكنى من حيث الوجود إنَّما يكون فعله إذا حصله باختياره، فلمَّا أوثقوه وغلبوا عليه ولم يتحقق منه الانتقال بعذر من الأعذار كان هو مسكناً ولا يكون ساكنًا، فلا يكون شرط الحنث متحققاً فلا يحنث، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَإِنِ انْتَقَلَ إِلَى السِّكَّةِ أَوْ إِلَى المَسْجِدِ قَالُوا لا يَبَرُّ، دَلِيلُهُ فِي الزِّيَادَاتِ، إلى آخره،

وَطَنُهُ الأَوَّلُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ كَذَا هَذَا، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

وقال في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله: اختلفوا فيه قال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه لم يبق ساكناً، وقال بعضهم: يحنث؛ لأن سكناه لا تنتقض إلا بسكنًى أخرى.

واستدل بمسألة ذكرها في «الزيادات»: كوفيٌّ نقل عياله إلى مكة ليتوطن بِها، فلمَّا دخلها وتوطن بها بَدَا له أن يرجع إلى خراسان، فمرَّ بالكوفة فإنه يصلي بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة، وإن بدا له في الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة ويرجع إلى خراسان، فمرَّ بالكوفة فإنه يصلي بالكوفة أربعًا؛ لأن وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنًا آخر، كذا هنا، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اليَمِينِ فِي الخُرُوجِ وَالإِتْيَانِ وَالرُّكُوبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ)

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَحَمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ فِعْلَ المَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَى الآمِرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا رَكِبَ دَابَّةً فَخَرَجَتْ (وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ الفِعْلَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ لِعَدَمِ الأَمْرِ (وَلَوْ حَمَلَهُ بِرِضَاهُ لا بِأَمْرِهِ لا يَحْنَثُ) فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّ الِانْتِقَالَ بِالأَمْرِ لا بِمُجَرَّدِ الرِّضَا.

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب

ذكر الخروج هنا ظاهرُ التناسب؛ لأن له مناسبة المضادة بالدخول، وأمَّا الإتيان والركوب فممَّا يتحقق بعد الخروج واستصحبهما ذكر الخروج.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ، وكذا الحكم في البيت والدار، لكن إنَّما وضع المسألة في المسجد حملًا ليمينه على العبادة.

قوله: وَلَوْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهًا - أي: ولو أخرج الإنسان الحالف مكرهًا - لَمْ يَحْنَثْ؛ لأنه لم يوجد من الحالف الفعل لا حقيقةً وهو ظاهر، ولا حكمًا؛ لأنه لم يأمره به.

اعلم أن صورة المسألة في الإخراج مكرهًا ما إذا حمله إنسان فأخرجه مكرهًا فحينئذٍ لم يوجد منه الفعل أصلًا؛ لأنه لم يخرج وإنما أُخرج فلا يحنث، وأمَّا إذا هدَّده غيره فخرج هو بنفسه خوفًا من المكره حنثَ لوجود الفعل منه، كما لو حلفَ لا يأكل هذا الطعام فأكل مكرهًا حنث، وإن أوجر في حلقه لم يحنث، كذا هنا.

ثمَّ في مسألة الحمل لمَّا لم يحنث هل تنحل اليمين؟ ذكر في «شرح القاضي» عن السيد

قَالَ: (وَلَوْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنْ دَارِهِ إلَّا إلَى جِنَازَةٍ فَخَرَجَ إلَيْهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَةً أُخْرَى لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ المَوْجُودَ خُرُوجٌ مُسْتَثْنَى، وَالمُضِيَّ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ. (وَلَوْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ إلَى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ) لِوُجُودِ الخُرُوجِ عَلَى قَصْدِ مَكَّةَ وَهُوَ الشَّرْطُ، إذِ الخُرُوجُ هُوَ الِانْفِصَالُ مِنَ الدَّاخِلِ إلَى الخَارِجِ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْتِيهَا لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَدْخُلَهَا) لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الوُصُولِ، قَالَ اللهُ

أبي شجاع قال: تنحل، وكذا لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح وألقته فيها لم يحنث وتنحل اليمين، وقال غيره من المشايخ: لا ينحل وهو الصحيح، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، والإمام قاضي خان رحمهما الله.

قوله: فِي الصَّحِيحِ، احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله فإنَّهم قالوا: إنه يحنث؛ لأنه لمَّا كان متمكنًا من الامتناع فلم يمتنع صار كالأمر بالإخراج، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمُضِيَّ بَعْدَ ذَلِكَ لَيْسَ بِخُرُوجٍ؛ لأن الخروج عبارة عن الانفصال من الباطن إلى الظاهر، وهو لم يوجد بل وجد منه الإتيان إلى حاجة أخرى، والإتيان غير الخروج؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ إلَى مَكَّةَ، هاهنا ألفاظ ثلاثة:

أحدها: الخروج، وقد ذكرنا الجواب عنه، ويشترط للحنث فيما إذا عقد يمينه في الخروج إلى مكة أن يجاوز عمران مصره على هذه العزيمة، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [النساء: ١٠٠]، وأراد به الانفصال دون الوصول.

والثاني: الإتيان، ويشترط للحنث فيه الوصول، قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦] فالمراد به الوصول، وقال عليه الصلاة والسلام: «من أتى امرأته الحائض، أو أتاها في غير مَأتاها، أو أتى كاهنًا وصدقه فيما قال فقد كفر بما أنزل على محمد».

والثالث: الذهاب، فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله، قال نصير بن يحيى: هو

تَعَالَى ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولا﴾ [الشعراء: ١٦] وَلَوْ حَلَفَ لا يَذْهَبُ إِلَيْهَا قِيلَ هُوَ كَالإِتْيَانِ، وَقِيلَ هُوَ كَالخُرُوجِ وَهُوَ الأَصَحُّ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الزَّوَالِ.

(وَإِنْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّ البَصْرَةَ فَلَمْ يَأْتِهَا حَتَّى مَاتَ حَنِثَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّ البِرَّ قَبْلَ ذَلِكَ مَرْجُوٌّ (وَلَوْ حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ غَدًا إِنِ اسْتَطَاعَ فَهَذَا عَلَى اسْتِطَاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدْرَةِ، وَفَسَّرَهُ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَقَالَ: إِذَا لَمْ يَمْرَضْ وَلَمْ يَمْنَعْهُ السُّلْطَانُ وَلَمْ يَجِئْ أَمْرٌ لا يَقْدِرُ عَلَى إِتْيَانِهِ فَلَمْ يَأْتِهِ حَنِثَ، وَإِنْ عَنَى اسْتِطَاعَةَ القَضَاءِ

بمنزلة الإتيان لقوله تعالى: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ﴾ [طه: ٤٣] وأراد به الإتيان، وقال محمد بن سلمة: الذهاب بمنزلة الخروج وهو الصحيح، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾ [الأحزاب: ٣٣]، والتمسك به أن الإذهاب إفعال من الذهاب، والإذهاب هو الإزالة، وكونه إزالة لا يفتقر إلى وصول الزائل إلى محل آخر، فلمَّا كان الإذهاب إزالة كان الذهابُ زوالًا فلا يشترط فيه الوصول أيضًا؛ ولأن الرجل إذا قصد سمرقند وخرج من بخارى صحَّ أن يقال: ذهب إلى سمرقند، وهذا إذا لم ينو بالذهاب شيئًا، وإن نوى به الإتيان أو الخروج صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ثم في الخروج والذهاب يشترط للحنث الخروج عن قصده، وفي الإتيان لا يشترط القصد للحنث، بل إذا وصل إليه حنث قصد أو لم يقصد، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيرية».

وذكر في فصل الطلاق بالكتاب من «فتاوى قاضي خان» رحمه الله: (اگر به خانه مادر رَوِى تُرا طلاق)، فذهبت إلى باب دارها ولم تدخل اختلف المشايخ، والصحيح أنَّها لا تطلق؛ لأنَّهم يريدون بِهذا المنعَ عن الدخول فلا تطلق بدونه، فكان ذكر الصحيح في «الفتاوى» على خلاف ذكر الصحيح في الكتاب.

قوله: وَإِنْ عَنَى اسْتِطَاعَةَ القَضَاءِ، المراد باستطاعة القضاء هو استطاعة القضاء والقدر، وهي الاستطاعة التي تقارن الفعل عند أهل السنة والجماعة، وإنما سُمِّي استطاعةَ القضاء؛ لأن ذلك الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى وقضائه، فإنه تعالى إذا قضى وجود ذلك

دُيِّنَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى) وَهَذَا لِأَنَّ حَقِيقَةَ الِاسْتِطَاعَةِ فِيمَا يُقَارِنُ الفِعْلَ وَيُطْلَقُ الِاسْمُ عَلَى سَلَامَةِ الآلَاتِ وَصِحَّةِ الأَسْبَابِ فِي المُتَعَارَفِ، فَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَوَّلِ دِيَانَةً لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ ثُمَّ قِيلَ وَتَصِحُّ قَضَاءً أَيْضًا لِمَا بَيَّنَّا، وَقِيلَ لا تَصِحُّ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا تَخْرُجُ امْرَأَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ حَنِثَ وَلا بُدَّ مِنَ الإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ)؛

الفعل أوْجَد قدرة العبد مع ذلك الفعل، ولو لم يُوجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل، فكانت تلك القدرة قدرة مخلوقة لأجل ذلك الفعل المقضيّ عليه بالوجود، فكانت تلك القدرة أي: الاستطاعة استطاعة القضاء.

قوله: دُيِّنَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَى، حتى لا يحنث حينئذ أبدًا؛ لأنه في أيّ حال لم يفعل فهو غير مستطيع حقيقةً؛ لأنّها لا تسبق الفعل، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام رحمه الله، و«مبسوطه».

قوله: وَيُطْلَقُ الِاسْمُ - أي: اسم الاستطاعة - عَلَى سَلَامَةِ الآلَاتِ وَصِحَّةِ الأَسْبَابِ، قال الله تعالى: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]، وفسَّره رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم بملك الزاد والراحلة، ويقال: فلان يستطيع كذا، وفلان لايستطيع.

قوله: وَتَصِحُّ نِيَّةُ الأَوَّلِ دِيَانَةً، وهو استطاعة القضاء؛ لأن الاستطاعة تذكر ويراد بها ذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩].

ولا تصدق قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف على نفسه، وفي رواية أخرى: يصدق قضاء أيضًا؛ لأنه نوى حقيقةً مستعملةً، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله**: لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ.

قوله: وَلا بُدَّ مِنَ الإِذْنِ فِي كُلِّ خُرُوجٍ، والحيلة في ذلك أن يقول لها: كلَّما أردت

لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَى خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالإِذْنِ، وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الحَظْرِ العَامِّ، وَلَوْ نَوَى الإِذْنَ مَرَّةً يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَلَوْ قَالَ إِلَّا

الخروج فقد أذنت لك، فإن قال ذلك ثم نَهاها لم يعمل نَهْيه عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد رحمهما الله، ولو أذن لها بخرجةٍ ثم نَهاها عن تلك الخرجة يعمل نَهْيه بالإجماع، ثم في قوله: إن خرجت إلا بإذني، أو لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فالإذن يتقيد بالنكاح؛ لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وذلك بالنكاح، وكذلك السلطان يحلف رجلًا ليرفعن إليه كل داعر يعرفه يتقيد بقيام ولايته، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَى خُرُوجٌ مَقْرُونٌ بِالإِذْنِ؛ لأن تقدير كلامه: لا تخرج امرأته إلا خروجًا ملصقًا بالإذن؛ لأن الباء للإلصاق فلا بد من ملصق و ملصق به.

قوله: وَمَا وَرَاءَهُ دَاخِلٌ فِي الحَظْرِ، أي: وما وراء الخروج الملصق بالإذن باق تحت قوله: لا تخرج، فإذا خرجت بدون الإذن تطلق؛ لأنه وجد شرط الحنث وهو الخروج بغير الإذن.

وذكر في «المبسوط»: لأنه استثنى خروجًا بصفة وهو أن يكون بإذنه، فإن الباء للإلصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان شرط الحنث موجودًا، ومعنى كلامه إلا مَسْتأذنة، قال الله تعالى: ﴿وَمَا نَتَنَزَّلُ إِلَّا بِأَمْرِ رَبِّكَ﴾ [مريم: ٦٤]، أي: مأمورين بذلك.

ونظيرُه: إن خرجت إلا بقناع، فإذا خرجت بغير قناع مرَّة حنث، ولو نوى الإذن مرَّة يصدق ديانةً حتى لا يحنث في المرَّة الثانية إذا خرجت بغير إذنه.

قوله: لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ، أي: لأن ما نواه من إذنه مرَّة محتمل قوله: لا تخرج امرأته إلا بإذنه؛ وذلك لأن ما نواه من إذنه مرَّة موجب الغاية المذكورة بعد هذا، وهيَ أن يقول: لا تخرج امرأته من الدار حتى يأذن لها، أو قال: إلا أن آذن لها، فبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحدٍ منهما بعد الاستثناء، والغاية يخالف ما قبلهما فصار قوله: إلا بإذنه، على تقدير: حتى يأذن لها.

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهَا إِلَّا أَنْ آذَنَ لَكَ، إلى آخره، وحاصل ذلك أن هاهنا ثلاثة ألفاظ:

أَنْ آذَنَ لَكَ فَأَذِنَ لَهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَخَرَجَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ هَذِهِ كَلِمَةُ غَايَةٍ فَتَنْتَهِي اليَمِينُ بِهِ كَمَا إِذَا قَالَ حَتَّى آذَنَ لَك.

(وَلَوْ أَرَادَتِ المَرْأَةُ الخُرُوجَ فَقَالَ إِنْ خَرَجْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ

إلا بإذني، وقد مرَّ حكمه، وحتى يأذن لها، وإلا أن آذن لك، وحكم هذين واحد وهو أنَّ اليمين ينتهي بالإذن مرةً؛ وذلك لأن قوله: إلا أن بمعنى حتَّى فيما يتوقت، قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْۖ﴾ [يوسف: ٦٦]، أي: حتى يحاط بكم، ألا ترى أنه لا يستقيم إظهار المصدر هاهُنا، بخلاف قوله: إلا بإذني، فإنه يستقيم أن يقول: إلا خروجًا بإذني، فعرفنا أنه صفة للمستثنى، وهاهنا لو قال: إلا خروجًا أن آذن لك، كان كلامًا محتملًا، فعرفنا أنه بمعنى التوقيت، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: يشكل على هذا قوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتَ ٱلنَّبِيِّ إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، فهناك بالإذن مرَّة لا تسقط حرمة الدخول، بل الإذن يحتاج إليه في كل مرة مع أنه مذكور بكلمة إلا أن، فيجب أن يكون الإذن مشروطًا في مسألة الكتاب أيضًا في كل خروج، وإن كان مذكورًا بكلمة إلا أن، كما هناك.

قلنا: تلك الآية لا تقتضي الإذن في كل مرة من الدخول بصيغة قوله: ﴿إِلَّآ أَن يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾، بل اشتراط الإذن هناك في كل مرة إنما عُلم بدليل آخر، وهو أن دخول دار إنسان من الآحاد حرام بغير إذنه للاحترام، ولقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُواْ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّىٰ تَسْتَأْنِسُواْ وَتُسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَهْلِهَاۚ﴾ [النور: ٢٧]، ووجوب الاستيناس في كل مرَّة فكيف في حقِّ بيوت النبي صلَّى الله عليه وسلَّم الذي هو أفضل الخلائق؟ وهو واجب التعظيم وواجب الاجتناب عما يكرهه.

أو نقول: إن اشتراط الإذن هناك في كل مرة من الدخول إنما عُلم بآخر الآية وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّ ذَٰلِكُمْ كَانَ يُؤْذِى ٱلنَّبِىَّ﴾ [الأحزاب: ٥٣]، ومعنى الإيذاء موجود في كل ساعة فشرط الإذن في كل مرَّة، إلى هذا أشار في شروح «الجامع».

قوله: فَتَنْتَهِي اليَمِينُ بِهِ، أي: بالإذن مرة.

لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَرَادَ رَجُلٌ ضَرْبَ عَبْدِهِ فَقَالَ لَهُ آخَرُ إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ) وَهَذِهِ تُسَمَّى يَمِينَ فَوْرٍ، وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِإِظْهَارِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ مُرَادَ الْمُتَكَلِّمِ الرَّدُّ عَنْ تِلْكَ الضَّرْبَةِ وَالْخَرْجَةِ عُرْفًا، وَمَبْنَى الأَيْمَانِ عَلَيْهِ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: اِجْلِسْ فَتَغَدَّ عِنْدِي قَالَ إِنْ تَغَدَّيْتَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَخَرَجَ فَرَجَعَ إِلَى مَنْزِلِهِ وَتَغَدَّى لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ كَلَامَهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الْجَوَابِ فَيَنْطَبِقُ عَلَى السُّؤَالِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْغَدَاءِ الْمَدْعُوِّ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ تَغَدَّيْتَ الْيَوْمَ؛

قوله: وَهَذِهِ تُسَمَّى بِيَمِينِ الْفَوْرِ، أي: يمين الحال، وهو في الأصل مصدر فارت القدرُ إذا غَلَت، فاستعير للسرعة ثم سُمِّيت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل: جاء فلان وخرج من فوره، أي: من ساعته، وفي «الصحاح»: ذهبت في حاجة ثم أتيتُ فلانًا من فوري، أي: قبل أن أسكن، والتحقيق الأول، كذا في «المغرب».

وذكر في «الفوائد الظهيرية»: يمين الفور مأخوذ من فوران القدر، فسُمِّيت هي بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب.

قوله: وَتَفَرَّدَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ بِإِظْهَارِهِ، أي: لم يسبق أحدٌ قبله باستنباط هذه اليمين، فالناس قبله كانوا يقولون: اليمين نوعان: مؤبَّدة ومؤقَّتة لفظًا، ثمَّ استنبط أبو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث وهو المؤبَّد لفظًا والمؤقَّت معنًى، وإنما أخذه من حديث جابر رضي الله عنه وابنه: «حين دُعيا إلى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثمَّ نصراه بعد ذلك ولم يحنثا»، واعتبر في ذلك العرف فإن الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعَها عن الخرجة التي تَهيَّأت له لا من الخروج على التأبيد، فإذا عادت فقد تركت لك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وإن خرجت، وقد بيَّنا أن العرف معتبر في اليمين، وعلى هذا إذا أراد الرجل أن يضرب عبده فقال له رجل: إِنْ ضَرَبْتَهُ فَعَبْدِي حُرٌّ، فَتَرَكَهُ ثُمَّ ضَرَبَهُ فإنه لا يحنث؛ لأن المقصود منعه من الضرب الذي تَهيَّأ له وقصَدَه، وكذلك إذا قال للرجل: اجلس فتغدَّ معي، فقال: إن تغديتُ إلى آخره، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدٍ مَأْذُونٍ لَهُ مَدْيُونٍ أَوْ غَيْرِ مَدْيُونٍ

قوله: لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى حَرْفِ الجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدَأً، لا بانيًا على سؤاله تحرزًا عن إلغاء هذه الزيادة.

فإن قيل: لا كذلك فإن الله تعالى قال: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَٰمُوسَىٰ ﴿١٧﴾ قَالَ هِيَ عَصَايَ أَتَوَكَّؤُاْ عَلَيْهَا وَأَهُشُّ بِهَا عَلَىٰ غَنَمِي وَلِيَ فِيهَا مَـَٔارِبُ أُخْرَىٰ ﴿١٨﴾﴾ [طه: ١٧-١٨]، فقد زاد على قدر الجواب ومع ذلك جُعِل مجيبًا للسؤال لا مبتدئًا.

قلنا: كلمه ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات فيما إذا استعمل في مقام السؤال، فاشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الصفة أو عن الذات، فجمع بينهما ليكون مجيبًا على كل حالٍ، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيرية».

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ، إلى آخره، اعلم أن اسم الدابة لغةً تقع على كل ما يدب على وجه الأرض من الحيوانات، أي: يتحرك مشيًا، قال الله تعالى: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦].

ثم ذكر في «المبسوط»: ولو حلف لا يركب دابة فركب حمارًا أو فرسًا أو برذونًا أو بغلًا حنث، وكذلك إن ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل؛ لأن اسم الدابة يتناوله حقيقةً وحكماً فإن الدابة ما يدبُّ على وجه الأرض.

وفي الاستحسان لا يحنث؛ لعلمنا أنه لم يرد التعميم في كل ما يدبُّ على وجه الأرض، وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير، وقد تأيّد ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨]، فإنما ذكر منة الركوب في هذه الأنواع الثلاثة، فأمّا في الأنعام فذكر منفعة الأكل بقوله: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ﴾ [النحل: ٥]، وبأن كان يركب الفيل والبعير في بعض الأوقات، فذلك لا يدل على أن اليمين تتناوله، ألا ترى أن البقر والجاموس يركب

لَمْ يَحْنَثْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُسْتَغْرِقٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لا يَحْنَثُ مَا لَمْ يَنْوِهِ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ لِلْمَوْلَى لَكِنَّهُ يُضَافُ إِلَى العَبْدِ عُرْفًا، وَكَذَا شَرْعًا قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَهُوَ لِلْبَائِعِ» الحَدِيثَ فَتَخْتَلُّ الإِضَافَةُ إِلَى المَوْلَى فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحْنَثُ إِذَا نَوَاهُ لِاخْتِلَالِ الإِضَافَةِ،

أيضًا في بعض المواضع، ثم لا يفهم أحدٌ من قول القائل: ركب فلانٌ دابة البقرة، إلا أن ينوي جميع ذلك فيكون على ما عنى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه، وإن عنى الخيل وحدها لم يدين في الحكم؛ لأنه نوى التخصيص في لفظه العام، ولو قال: لا أركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن في لفظه فعل الركوب دون المركب، ونية التخصُّص تصحُّ في الملفوظ لا فيما لفظ له.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى، هذا استثناء من مقدَّرٍ غير ملفوظ، فإنه لمَّا ذكر قبله فركب دابة عبدٍ مأذونٍ له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله قدَّر فيه قوله: هذا إذا لم ينو، وأمَّا إذا نوى ركوب دابة العبد فيحنث حينئذٍ بركوب دابة العبد.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لا يَحْنَثُ وَإِنْ نَوَى؛ لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لِلْمَوْلَى فِيهِ عِنْدَهُ، أي: فيما ملك عبده المديون، حتى لو أعتقَ المولى عبد عبده لا يعتق عند أبي حنيفة.

قوله: الحَدِيثَ، تمامه: «فماله لمولاه».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا: يَحْنَثُ إِذَا نَوَاهُ، المراد من الوجوه الأوجه الثلاثة وهي:

(١) ما إذا لم يكن عليه دين (٢) أو كان دين غير مستغرق (٣) أو دين مستغرق.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ وَإِنْ لَمْ يَنْوِهِ لِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ المِلْكِ إِذِ الدَّيْنُ لا يَمْنَعُ وُقُوعَهُ لِلسَّيِّدِ عِنْدَهُمَا.

قوله: وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يَحْنَثُ، أي: في الوجوه كلها وهي الوجوه الخمسة:

(١) ما إذا لم يكن عليه دين (٢) أو كان عليه دين غير مستغرق (٣) أو دين مستغرق (٤) أو نواه (٥) أو لم ينوه.

فوجه قول محمد رحمه الله أنه ركب دابة مملوكة للمولى فوجب أن يحنث؛ لأن العبد وما في يده ملك لمولاه على ما نطقَ به الحديث، وأبو يوسف وافق محمدًا رحمهما الله في أن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للمولى في كسبه، ووافق أبا حنيفة رحمه الله في أن مكاسب العبد يمنع دخولها تحت اليمين في إضافة الدابة إلى المولى بلا نية، ووجه ذلك أن دين العبد عنده لا يمنع وقوع الملك للمولى، إلا أنه يضاف إلى العبد أيضًا فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلى المولى إلا بالنية.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول فيما إذا كان الدين مستغرقًا: أن الدين بوصف الاستغراق يمنع وقوع الملك للوارث، والمولى كالوارث فيه؛ لأن المولى يخلف العبد في مكاسبه خلافة الوارث المورث؛ لأن حاجة العبد مقدمة على حاجة المولى، ألا ترى أنَّ حق العبد مقدم على حق المولى في قضاء دينه، كما في الوارث مع المورث، وألا ترى أن حق العبد في مقدار النفقه مقدم على ملك المولى، كما في الوارث مع المورث، والدين بوصف الاستغراق مانع وقوع الملك هنالك، فيكون مانعًا وقوع الملك هنا، وفيما إذا لم يستغرق فوجهه كما قيل في أبي يوسف رحمه الله، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله، و«الفوائد الظهيرية»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ اليَمِينِ فِي الأَكْلِ وَالشُّرْبِ)

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا) لِأَنَّهُ أَضَافَ اليَمِينَ

بابُ اليمين في الأكل والشرب

وقد ذكرنا أنَّ أول ما يحتاج إليه الإنسان المسكَن، ثم بعده أول ما يحتاج إليه في حالة البقاء الأكل والشرب، فشرع في بيان اليمين فيهما.

اعلم: أن الأكل هو أن يوصل إلى جوفه ما يتأتَّى فيه المضغ والهشم، سواء مضغه ثم ابتلعه أو ابتلعه غير ممضوغ، والشرب هو أن يوصل إلى جوفه ما لا يتأتى فيه الهشم في حالة وصوله مثل الماء واللبن، وإذا كان في فمه شيء فحلف أن لا يأكل فابتلع الذي كان في فيه ذكر في «فتاوى أبي الليث» مسألة تدل على الحنث.

وذكر الإمام الزندويستي رحمه الله: أن الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاهِ والحلق، والذوق عبارة عن عمل الشفاهِ دون الحلق، والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه، والمصُّ عبارة عن عمل اللِّهاة خاصة، فعلى ما ذكره الإمام الزندويستي رحمه الله ينبغي أن لا يحنث بابتلاع ما كان في فمه وقت اليمين.

ولو حلف لا يأكل عنبًا أو رمانًا فجعل يمضغه ويرمي بثفله ويبتلع ماؤه لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا يسمَّى مصًا ولا يسمى أكلًا ولا شربًا، ولو حلف أن لا يأكل هذا اللبن فشربه لا يحنث، وإنما يحنث إذا ثردَ فيه، ولو حلف أن لا يشرب اللبن فثرد فيه فأكله لا يكون حانثًا، قالوا: هذا إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت اليمين بالفارسية فأكل أو شرب كان حانثًا وعليه الفتوى، كذا في «الذخيرة»، و«فتاوى قاضي خان» رحمه الله.

قوله: فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا، حتَّى إذا كانت النخلة لا ثمر لها يقع يمينه على ثمنها، فلو أكل

إِلَى مَا لا يُؤكَلُ فَيَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَهُوَ الثَّمَرُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ فَيَصْلُحُ مَجَازًا عَنْهُ، لَكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ حَتَّى لا يَحْنَثَ بِالنَّبِيذِ وَالخَلِّ وَالدِّبْسِ المَطْبُوخِ. (وَإِنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا البُسْرِ فَصَارَ رُطَبًا فَأَكَلَهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا إِذَا حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الرُّطَبِ أَوْ مِنْ هَذَا اللَّبَنِ فَصَارَ تَمْرًا أَوْ صَارَ اللَّبَنُ شِيرَازًا لَمْ يَحْنَثْ)؛ لِأَنَّ صِفَةَ البُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى اليَمِينِ، وَكَذَا كَوْنُهُ لَبَنًا

من ثمنها حينئذٍ يحنث، كذا نقل من مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله.

قوله: لَكِنَّ الشَّرْطَ أَنْ لَا يَتَغَيَّرَ بِصُنْعَةٍ جَدِيدَةٍ؛ لأن ما يصنعه من ذلك الثمر ليس بثمر، قال الله تعالى: ﴿لِيَأْكُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ [يس: ٣٥]، ألا ترى أنه تعالى كيف عطف قوله: ﴿وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ على الثمر، والعطف يقتضي المغايرة.

قوله: وَالدِّبْسِ المَطْبُوخِ، فإن قلتَ: الدبس لا يكون إلا مطبوخاً فما معنى القيد به؟

قلتُ: هذا احتراز عمَّا أطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب، كما ذكره في بعض المواضع من «الذخيرة» وغيرها، فقيد بالمطبوخ ليخرج ذلك الدبس فإن هناك يحنث.

وذكر في «الذخيرة»: إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيئاً فأكل من ثمرها، أو طلعها، أو بسرها، أو دبسها حنث، ثم قال: وأراد من الدبس ما يسيل من الرطب، وإذا اتخذ من الدبس ناطفاً أو نبيذًا لا يحنث في يمينه؛ لأن يمينه انصرفت إلى ما يخرج من النخلة، والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك، وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيئاً فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث في يمينه؛ لأن هذه الأشياء خارجة من الكرم، أمَّا العنب والزبيب فظاهرٌ، وأمَّا العصير فلأنه ماء العنب، إلا أنه كان متمكناً من القشر، ولو أكل من خله لا يحنث؛ لأنه ليس بخارج منه بهذه الصفة.

الشِّيرَازُ: هو اللبن الرائب، أي: الخاثر إذا استخرج منه ماؤه، حتى صار الصقراط كالفالوذج الخاثر.

قوله: لِأَنَّ صِفَةَ البُسُورَةِ وَالرُّطُوبَةِ دَاعِيَةٌ إِلَى اليَمِينِ، والرطب وإن كان من جنس

فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَلِأَنَّ اللَّبَنَ مَأْكُولٌ فَلَا يَنْصَرِفُ اليَمِينُ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لا يُكَلِّمُ هَذَا الصَّبِيَّ أَوْ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ بَعْدَمَا شَاخَ، لِأَنَّ هِجْرَانَ المُسْلِمِ بِمَنْعِ الكَلَامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ فَلَمْ يُعْتَبَرِ الدَّاعِي دَاعِيًا فِي الشَّرْعِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ لَحْمَ هَذَا الحَمَلِ فَأَكَلَ بَعْدَمَا صَارَ كَبْشًا حَنِثَ) لِأَنَّ صِفَةَ الصِّغَرِ فِي هَذَا لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ فَإِنَّ المُمْتَنِعَ عَنْهُ أَكْثَرُ امْتِنَاعًا عَنْ لَحْمِ الكَبْشِ.

البسر إلا أن الإنسان قد يمتنع من تناول البسر ولا يمتنع من تناول الرطب، وكذلك في الرطب والتمر، والأصل أنه متى عقد يمينه على عين بوصف يدعوه ذلك الوصف إلى اليمين تتقيَّد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم، فلذلك لا يحنث من حلف لا يأكل من هذه الرطب فأكله بعدما صار تمرًا؛ لأن صفة الرطوبة داعية إلى اليمين فقد يمتنع الإنسان من تناول الرطب دون التمر، وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ بَعْدَمَا شَاخَ يحنث؛ لأن صفة الشباب ليست بداعية إلى اليمين، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ هِجْرَانَ المُسْلِمِ بِمَنْعِ الكَلَامِ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، فكان الداعي وهو الصبا والشباب المانع من الصحبة مردودًا شرعًا؛ لأن الشرع أمرنا بتحمل أخلاق الصبيان والنصح لهم، فبطل الداعي بدليل شرعي.

بخلاف قوله: لا يأكل من هذا الرطب؛ لأنه لا حجة عن هجران هذه الرطوبة أو الرغبة فيها فوجب تقييده به، كذا في «الجامع» لفخر الإسلام رحمه الله.

فإن قلتَ: كيف يصح هذا التعليل وهو **قوله:** لِأَنَّ هِجْرَانَ المُسْلِمِ إلى آخره، في ترك ما دلَّ عليه الكلام وهو الصبا والشباب، مع أن اليمين تنعقد في الحرام المحض كما في قوله: والله ليشربن الخمر اليوم؟

قلتُ: النهي الشرعي يصلح دليلًا على ترك الحقيقة فيما إذا كان الكلام محتملًا للمجاز حملًا لأمر المسلم على الصلاح، وأمَّا إذا عقد يمينه على الفعل الذي هو حرام محض قصدًا فينعقد، فوجهه وما يقع به من الفرق بينه وبين النذر يأتي بُعَيد هذا.

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ بُسْرًا فَأَكَلَ رُطَبًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبُسْرٍ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ رُطَبًا أَوْ بُسْرًا أَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ رُطَبًا وَلا بُسْرًا فَأَكَلَ مُذَنِّبًا حَنِثَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ رُطَبًا أَوْ بُسْرًا، إلى آخره، يقال: بسرٌ مُذْنِبٌ، بكسر النون وقد ذنبَ إذا بدا الإرطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة، كذا في «المغرب».

اعلم أن في «الإيضاح»، وشروح «الجامع الصغير» للإمام قاضي خان، والتمرتاشي رحمهما الله، و«الفوائد الظهيرية» وغيرها ذكر قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث، وذكر قول محمد مع أبي يوسف رحمهم الله في الكتاب في أنه لا يحنث، والله أعلم بصحته.

وهذه المسألة على أربعة أوجه:

(١) إذا حلف لا يأكل بسرًا فأكل بسرًا مذنبًا، وهو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب حنثَ في يمينه في قولهم.

(٢) وكذا إذا حلف لا يأكل رطبًا فأكل رطبًا مذنبًا وهو الذي عامته رطب وشيء فيه من البسر حنث في قولهم.

(٣) ولو حلف لا يأكل بسرًا فأكل رطبًا فيه شيء من البسر يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولا يحنث في قول أبي يوسف رحمه الله.

(٤) والرابعة: إذا حلف لا يأكل رطبًا فأكل بسرًا فيه شيء من الرطب حنث عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحنث.

فالحاصل أن الغلبة إذا كانت للمعقود عليه يحنث عند الكل، وإن كانت الغلبة لغير المعقود يحنث عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحنث.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن البسر المذنب يسمى بسرًا، ولهذا لو حلف لا يأكل بسرًا، فأكل بسرًا مذنبـًا حنث، وإذا كان بسرًا لا يكون رطبًا؛ لأنَّهما شيئان مختلفان، ولهذا لو حلف لا يشتري رطبًا فاشترى بسرًا مذنبـًا لا يحنث، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

وَقَالَا لَا يَحْنَثُ فِي الرُّطَبِ) يَعْنِي بِالبُسْرِ المُذَنِّبِ وَلَا فِي البُسْرِ بِالرُّطَبِ المُذَنِّبِ لِأَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى رُطَبًا وَالبُسْرَ المُذَنِّبَ يُسَمَّى بُسْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ اليَمِينُ عَلَى الشِّرَاءِ، وَلَهُ أَنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ مَا يَكُونُ فِي ذَنَبِهِ قَلِيلُ بُسْرٍ، وَالبُسْرَ المُذَنِّبَ عَلَى عَكْسِهِ فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِلَ البُسْرِ وَالرُّطَبِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مَقْصُودٌ فِي الأَكْلِ بِخِلَافِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ يُصَادِفُ الجُمْلَةَ فَيَتْبَعُ القَلِيلُ فِيهِ الكَثِيرَ.

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي رُطَبًا فَاشْتَرَى كِبَاسَةَ بُسْرٍ فِيهَا رُطَبٌ لَا يَحْنَثُ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُصَادِفُ الجُمْلَةَ وَالمَغْلُوبَ تَابِعٌ (وَلَوْ كَانَتِ اليَمِينُ عَلَى الأَكْلِ يَحْنَثُ) لِأَنَّ الأَكْلَ

قوله: وَقَالَا لَا يَحْنَثُ فِي الرُّطَبِ، يَعْنِي بِالبُسْرِ المُذَنِّبِ وَلَا فِي البُسْرِ بِالرُّطَبِ المُذَنِّبِ، معناه: لا يحنث فيما إذا عقد يمينه في الامتناع من أكل الرطب، بأن قال: لا يأكل رطبًا ثم أكل البسر المذنب، ولا يحنث أيضًا فيما إذا عقد يمينه في الامتناع من أكل البسر بأن قال: لا يأكل بسرًا ثم أكل رطبًا مذنبًا.

قوله: فَيَكُونُ آكِلُهُ آكِلَ البُسْرِ وَالرُّطَبِ، فلمَّا كان كذلك يحنث في الصورتين، أي: فيما إذا حلف على أن لا يأكل رطبًا أو حلف على أن لا يأكل بسرًا، وإن كان أحدهما غالبًا والآخر مغلوبًا، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله يحنث إجماعًا، فكذا إذا أكل مع غيره.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصبَّ فيه ماء والماء غالب لا يحنث وإن شرب المحلوف عليه وزيادة.

قلنا: أن اللبن لمَّا صبَّ الماء فيه شاعَ وماعَ في جميع أجزاء اللبن فصار اللبن مستهلكًا، ولهذا لا يرى مكانه، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه يرى مكانه فكان قائمًا زمان التناول، وفيما قال من النظير في الكتاب فيمن حلف لا يأكل شعيرًا فأكل الحنطة فيها حبَّات شعير يحنث، نظرٌ؛ لأنه لمَّا أكلهما حبة حبة كان أكلًا للشعير منفردًا، فلو أكل في البسر المذنب أو الرطب المذنب جزءًا فجزءًا منفردًا، بأن ميز الرطب المذنب أجزاءً فأكل كل جزء منها منفردًا يحنث

يُصَادِفُهُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ كُلٌّ مِنْهُمَا مَقْصُودًا وَصَارَ كَمَا إذَا حَلَفَ لا يَشْتَرِي شَعِيرًا أَوْ لا يَأْكُلُهُ فَاشْتَرَى حِنْطَةً فِيهَا حَبَّاتُ شَعِيرٍ وَأَكَلَهَا يَحْنَثُ فِي الأَكْلِ دُونَ الشِّرَاءِ لِمَا قُلْنَا. (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ لا يَحْنَثُ) وَالقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ لِأَنَّهُ يُسَمَّى لَحْمًا فِي القُرْآنِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّسْمِيَةَ مَجَازِيَّةٌ لِأَنَّ اللَّحْمَ مُنْشَؤُهُ مِنَ الدَّمِ وَلا دَمَ فِيهِ لِسُكُونِهِ فِي المَاءِ (وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ إلَّا أَنَّهُ حَرَامٌ، وَاليَمِينُ قَدْ تُعْقَدُ لِلْمَنْعِ مِنَ الحَرَامِ

بالاتفاق، فكذا في الحنطة مع الشعير، فإذًا لا خلافَ بينهم من هذا الوجه، وإنَّما الخلاف في الأكل بصفة الاختلاط، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

الكِيَاسَة: سر خُرما.

قوله: وَإِنْ أَكَلَ لَحْمَ خِنْزِيرٍ أَوْ لَحْمَ إِنْسَانٍ يَحْنَثُ؛ لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقِيٌّ، فإن قيل: الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بالحرام المحض، فأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محضٌ، فكيف تعلق وجوبها به؟

قلنا: الحل والحرمة إنما يراعيان في السبب لا في الشرط، والسبب في وجوب كفارة اليمين في الحقيقة اليمين، وإن كان وجوب الكفارة متعلقاً باليمين والحنث، ألا ترى أن ضمان نصف المهر على شهود اليمين، لا على شهود الشرط إذا رجعوا بعد حكم القاضي بالطلاق، فيمن قال لامرأته قبل الدخول بها: إن دخلتِ الدار فأنت طالق، فوجوب الطلاق في اليمين بالشرط والجزاء قائم مقام وجوب الكفارة في اليمين بالله، فعُلِم بِهذا أن أصل وجوب الكفارة باليمين بالله لا بالحنث، وإنما لم يجز تقديم الكفارة على الحنث ليكون سبب الكفارة موصوفاً بالإباحة مع الحظر، الإباحة هي اليمين والحظر هو الحنث فيها، ولكن فرق مع ذلك بين اليمين والنذر في أن انعقاد اليمين يصح ابتداءً في المعصية، بخلاف النذر حتى لو قال: والله ليشرِبَنَّ الخمر في هذا اليوم، فمضى اليوم ولم يشرب تجب الكفارة، فصار امتناعه عن المعصية بعد اليمين بالله سببًا للكفارة، بخلاف النذر فإنه لا يصح في المعصية.

(وَكَذَا إِذَا أَكَلَ كَبِدًا أَوْ كَرِشًا) لِأَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةً فَإِنَّ نُمُوَّهُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ اللَّحْمِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لا يَحْنَثُ لِأَنَّهُ لا يُعَدُّ لَحْمًا.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ أَوْ لا يَشْتَرِي شَحْمًا لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا فِي شَحْمِ البَطْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَحْنَثُ فِي شَحْمِ الظَّهْرِ أَيْضًا) وَهُوَ اللَّحْمُ السَّمِينُ لِوُجُودِ خَاصِّيَّةِ الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذَّوْبُ بِالنَّارِ، وَلَهُ أَنَّهُ لَحْمٌ حَقِيقَةً؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ يَنْشَأُ مِنَ الدَّمِ وَيُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَهُ وَتَحْصُلُ بِهِ قُوَّتُهُ، وَلِهَذَا يَحْنَثُ بِأَكْلِهِ فِي اليَمِينِ عَلَى أَكْلِ اللَّحْمِ،

والفرقُ أن تمام وجوب الكفارة في اليمين بالله ليس بعينها، بل لمعنى في غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى، وهو لا يتفاوت بين أن يكون يمينه في الطاعة أو في المعصية، فإن ذلك دائرٌ بالهتك لا بكونه طاعة ولا بكونه معصية، بخلاف النذر فإنه إيجاب على نفسه بما شرعه الله تعالى على العباد ولم يشرع الله تعالى المعاصي فلم يصح نذره في المعاصي، فلو نذر في المعصية لم يصادف نذره محله فلم ينعقد لذلك موجبًا للمنذور.

ولأن النذر موجب لنفسه وهو وفاء المنذور، قال الله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، واليمين موجب للكفارة لمعنى في غيرها؛ وهو صيانة اسم الله تعالى عن الهتك، والهتك لا يتفاوت بين أن يكون في الطاعة أو في المعصية، فوجبت الكفارة عند الهتك وإن كان انعقاد يمينه في المعصية.

قوله: لِوُجُودِ خَاصِّيَّةِ الشَّحْمِ فِيهِ وَهُوَ الذَّوْبُ بِالنَّارِ، فإن الشحم كله يذوب بالنار، وشحم الظهر أيضًا يذوب بالنار فكان شحمًا.

وأمّا اللحم فلا يذوب بالنار فيكون شحم الظهر شحمًا، وأيّد ذلك صحة الاستثناء في قوله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦]، والمستثنى من جنس المستثنى منه، إلا أن في مسألة الشراء لا يحنث؛ لأن الشراء لا يتم بالحالف، وإنما يكون مشتريًا للشحم إذا اشترى ما يسمى بائعه شحّامًا، فأمّا الأكل فيتم بالأكل وحده، ألا ترى أنه لو حلف لا يشتري طعامًا فاشترى لحمًا لا يحنث وفي الأكل

وَلا يَحْنثُ بِبَيْعِهِ فِي اليَمِينِ عَلَى بَيْعِ الشَّحْمِ، وَقِيلَ هَذَا بِالعَرَبِيَّةِ، فَأَمَّا اسْمُ بِيهِ بِالفَارِسِيَّةِ لا يَقَعُ عَلَى شَحْمِ الظَّهْرِ بِحَالٍ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَشْتَرِي أَوْ لا يَأْكُلُ لَحْمًا أَوْ شَحْمًا فَاشْتَرَى أَلْيَةً أَوْ أَكَلَهَا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ نَوْعٌ ثَالِثٌ حَتَّى لا يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالَ اللُّحُومِ وَالشُّحُومِ.

يحنث، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: ما على الظهر في عرف الناس لا يسمى شحمًا مطلقًا، وإنما سمى لحمًا، ألا ترى أنه يقال بالفارسية: فِرْبِهي لابي، ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الباجات والقلايا، ولا يستعمل استعمال الشحم، وكما أن الله تعالى استثنى شحم الظهر فقد استثنى الحوايا، وما اختلط بعظم وهوالمخُّ واحد، لا يقول: أن اسم الشحم يتناول ذلك، وقد بيَّنا أن الأيمان لا تبتني على الأسامي الشرعية، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله، وذكر في «الذخيرة»: والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله.

القضم: الأكل بأطراف الأسنان من باب لبِسَ، ومنه: فإن قضم حنطة فأكلها، أي: مضغها وكسرها، وفي الحديث: «أيدعُ يدهُ في فيك تقضهما كأنَّها في فِيِّ فحلٍ»، كذا في «المغرب».

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَهَا، وإنَّما وضع المسألة في الحنطة المعينة؛ لأنه إذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله كالجواب عندهما، هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في أيمان الأصل، كذا في «الذخيرة»، و«الفوائد الظهيرية».

ثم هذا الاختلاف الذي ذكره في **قوله:** لا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الحِنْطَةِ، فيما إذا أطلق ولم يكن له نية، وأمَّا إذا حلف بهذه اليمين ونوى أن يأكلها حبًّا كما هي من خبزها أو سويقها لا يحنث بالإجماع؛ لأن المنوي حقيقة كلامه فهو كالملفوظ، فيتقيد اليمين بالحقيقة، وإن نوى أن لا يأكل ما يتخذ منها صحت نيته أيضًا، حتى لا يحنث بأكل عينها، وإن لم يكن له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة، وعندهما يحنث، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

ولأبي حنيفة رحمه الله أن عينها يؤكل مقليًا ومطبوخـًا وكَشْكـًا فاقتصرت يمينه عليها،

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَهَا، وَلَوْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِهَا حَنِثَ أَيْضًا) لِأَنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْهُ عُرْفًا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ لَهُ حَقِيقَةً مُسْتَعْمَلَةً فَإِنَّهَا تُقْلَى وَتُغْلَى وَتُؤْكَلُ قَضْمًا وَهِيَ قَاضِيَةٌ عَلَى المَجَازِ المُتَعَارَفِ عَلَى مَا هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُ، وَلَوْ قَضَمَهَا حَنِثَ عِنْدَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ لِعُمُومِ المَجَازِ، كَمَا إِذَا حَلَفَ لا يَضَعُ قَدَمَهُ فِي دَارِ فُلَانٍ، وَإِلَيْهِ الإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ فِي الخُبْزِ حَنِثَ أَيْضًا.

كمن حلف لا يأكل هذا التمر فأكل عصيدة اتخذت منه، أو لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل من لبنها وزبدها وسمنها، أو لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ قَضِمَهَا - بكسر الضاد وقد ذكرتُه يعني: (خاييد مَرْ وَيْرَا) - حَنِثَ عِنْدَهُمَا هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن رواية «المبسوط» فإنه ذكر في «المبسوط» أنه لا يحنث، وما ذكره من الحنث فهو رواية «الجامع الصغير».

ثم رجَّح في «الذخيرة»، و«الفوائد الظهيريَّة» رواية «المبسوط»، فقال في «الذخيرة»: والصحيح ما ذكره في أيمان الأصل وهو عدم الحنث عندهما بأكل عين الحنطة، ورجح في «مبسوط شمس الأئمَّة»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رواية «الجامع الصغير».

ولو أكل من سويقها لم يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وكذلك قول محمد رحمه الله، فهما يحتاجان إلى الفرق بين الخبز والسويق، والفرق أن الحنطة متى ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق؛ ولأن من أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن السويق جنس آخر غير جنس الدقيق، ولهذا جوَّزا بيع الدقيق بالسويق متفاضلًا، فما تناول ليس من جنس ما كان موجودًا في الحنطة التي عينها فلا يحنث، وعند أبي حنيفة رحمه الله يمينه تناولت الحقيقة فلا يحنث بأكل السويق، كذا في «المبسوط»، و«الفوائد الظهيريَّة».

ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل ما خرج منها لا يحنث، والمعنى ما

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الدَّقِيقِ فَأَكَلَ مِنْ خُبْزِهِ حَنِثَ) لِأَنَّ عَيْنَهُ غَيْرُ مَأْكُولٍ فَانْصَرَفَ إِلَى مَا يُتَّخَذُ مِنْهُ (وَلَوِ اسْتَفَّهُ كَمَا هُوَ لا يَحْنَثُ) هُوَ الصَّحِيحُ لِتَعَيُّنِ المَجَازِ مُرَادًا. (وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ خُبْزًا فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُعْتَادُ أَهْلُ المِصْرِ أَكْلَهُ خُبْزًا) وَذَلِكَ خُبْزُ الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِأَنَّهُ هُوَ المُعْتَادُ فِي غَالِبِ البُلْدَانِ (وَلَوْ أَكَلَ مِنْ خُبْزِ القَطَائِفِ لا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ لا يُسَمَّى خُبْزًا مُطْلَقًا إِلَّا إِذَا نَوَاهُ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلُ كَلَامِهِ (وَكَذَا لَوْ أَكَلَ خُبْزَ الأُرْزِ بِالعِرَاقِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعْتَادٍ عِنْدَهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ بِطَبَرِسْتَانَ أَوْ

ذكرنا، كذا في «الذخيرة».

يقال: سفَّ الدواء والسويق وكل شيء يابس: أكَلَه، من باب لبِسَ، ويقال: استفَّ السَّفوف بفتح السين، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون، وقيل: السفوف دواء يوضع على كف ويُؤكل من غير مضغ.

قوله: وَلَوِ اسْتَفَّهُ كَمَا هُوَ لا يَحْنَثُ، هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله، فإنَّهم يقولون أنه يحنث؛ لأنه أكل الدقيق حقيقةً، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به؛ وهذا لأن عين الدقيق مأكولة، والأصح أنه لا يحنث؛ لأن هذه حقيقةٌ مهجورةٌ، ولمَّا انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف سقطَ اعتبار الحقيقة، كمن قال لأجنبية: إن نكحتكِ فعبده حرٌّ، فزنا بها لم يحنث؛ لأن يمينه لمَّا انصرفت إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء، وإن كان عيَّن أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، كذا في «المبسوط».

القَطَائِف: (نان كُوزينده).

قوله: حَتَّى لَوْ كَانَ بِطَبَرِسْتَانَ، الطَّبَري بفتح الطاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة بعدها راء مهملة، هذه النسبة إلى طبرستان وهيَ آمُلُ[1] وولايتها، وسمعتُ القاضي أبا بكر

---

(١) آمُلُ: بضم الميم واللام: اسم أكبر مدينة بطبرستان في السهل؛ لأن طبرستان سهل وجبل. انظر: معجم البلدان (١/ ٥٧).

فِي بَلْدَةٍ طَعَامُهُمْ ذَلِكَ يَحْنَثُ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ الشِّوَاءَ فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ دُونَ البَاذِنْجَانِ وَالجَزَرِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ اللَّحْمُ المَشْوِيُّ عِنْدَ الإِطْلَاقِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ مَا يُشْوَى

الأنصاري رحمه الله[١] ببغداد يقول: إنَّما هيَ تبرستان؛ لأن أهلها يحاربون بها يعني: الفأس، فعَرُبَ وقيل: طبرستان، والنسبة إليها طبري، كذا في «الأنساب» للإمام السمعاني رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: وإذا حلف لا يأكل خبزًا ولا نية له فأكل كليجةً أو جوزينجاً[٢] أو نوالةً تريدة، قال محمد بن سلمة رحمه الله: لا يحنث في الوجوه كلها، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إنه يحنث إذا أكل الكليجة أو النوالة المقطوعة؛ أمَّا الكليجة فلأنَّها خبر حقيقةً وعرفاً، واختصاصها باسم خاص للزيادة لا للنقصان فلا يمنع دخولها تحت مطلق الاسم.

وأمَّا النوالة المقطوعة؛ فلأنَّها خبز يضم إليه شيئاً آخر.

وأمَّا الجوزينج فلا يحنث بأكله؛ لأنه لا يسمَّى خبزًا بل يسمى قطائف، ولا يسمَّى خبزًا مطلقًا بل يسمى خبزًا مقيَّدًا، يقال: خبز الجوزينج كما يقال بالفارسية: (نان زردالُو).

وإذا حلف لا يأكل هذا الخبز فجفَّفه ودقه ثم شربه بماء لم يحنث؛ لأن هذا شرب وليس بأكل، وعن أبي حنيفة رحمه الله فيمن قال لامرأته: إن أكلتِ من هذا الخبز فأنتِ طالق، فطلبت حيلةً حتى تأكل ولا تطلق قال: ينبغي لها أن تدق ذلك الخبز وتلقيها في عصيدة وتطبخ حتى يصير الخبز هالكاً، فتأكل العصيدة ولا تحنث.

قوله: فَهُوَ عَلَى اللَّحْمِ، أي: ما لم ينو غيره؛ لأن الناس يطلقون هذا اللفظ على اللحم عادةً دون الفجل والجزر المشوي.

قوله: إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ مَا يُشْوَى مِنْ بِيضٍ أَوْ غَيْرِهِ، كالسلق والباذنجان فتعمل نيته؛ لما فيه من التشديد عليه.

---

(١) هو شيخ السَّمعانِي، مسند العصر، الإمام القاضي، أبو بكر محمد بن عبد الباقي بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن الربيع، الأنصاري، البغدادي، المعروف: بقاضي المَرَسْتان، توفي سنة (٥٣٥ هـ)، انظر: «سير أعلام النبلاء» (١٤/ ٤٣٧-٤٤٠).

(٢) أصله: كُوْزِينَه بالفارسية، وهو ضرب من الحلاوة يصنع من الجوز، انظر: طلبة الطلبة (ص: ٧٠).

مِنْ بِيضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَكَانِ الحَقِيقَةِ. (وَإِنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ الطَّبِيخَ فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْمِيمَ مُتَعَذِّرٌ فَيُصْرَفُ إِلَى خَاصٍّ هُوَ مُتَعَارَفٌ وَهُوَ اللَّحْمُ المَطْبُوخُ بِالمَاءِ إِلَّا إِذَا نَوَى غَيْرَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا، وَإِنْ أَكَلَ مِنْ مَرَقِهِ يَحْنَثُ لِمَا فِيهِ مِنْ أَجْزَاءِ اللَّحْمِ وَلِأَنَّهُ يُسَمَّى طَبِيخًا.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ الرُّءُوسَ فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ وَيُبَاعُ فِي المِصْرِ)

قوله: فَهُوَ عَلَى مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ، استحسانًا، أي: ما لم ينو غيره، وفي القياس يحنث في اللحم وغيره ممَّا هو مطبوخ، ولكن الأخذ بالقياس هاهنا يفحش، فإن المسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم أنه لم يرد ذلك، فحملناه على أخصِّ الخصوص وهو اللحم؛ لأنه هو الذي يطبخ في العادات الظاهرة، فإن الطبيخ في العادة ما يتخذ من الألوان، والباجات وهو الذي يسمى متخذ ذلك طباخـًا، فأمَّا من يطبخ الآجرَّ المسمَّى لا يسمى طباخـًا، قالوا: وإنما يحنث إذا أكل اللحم المطبوخ بالماء، فأمَّا القلية اليابسة فلا يسمَّى مطبوخـًا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَيَمِينُهُ عَلَى مَا يُكْبَسُ فِي التَّنَانِيرِ، أي: يطعم به التنُّور، أي: يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه إذا أدخله، ذكره في «المغرب».

قوله: وَيُبَاعُ فِي المِصْرِ، يعني: يقع اسم الرأس على ما يتعارفونه رأسًا في البيع والشراء، فلذلك لم يقع يمينه على رأس الجراد أو العصفور وإن كان رأسًا حقيقةً، فلمَّا لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف، وهو ما يُكبس في التنانير ويباع في السوق.

فإن قيل: الناس لا يبيعون لحوم الخنازير والأناسي في أسواقهم، ومع ذلك يحنث بالأكل إذا عقد يمينه على أكل اللحم.

قلنا: الأصل في جنس هذه المسائل أن الإنسان متى عقد يمينه على فعل مضاف إلى شيء إن أمكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته وإن لم يكن متعارفـًا، وإن لم يمكن العمل بحقيقته يجب تقييدها بالمتعارف، بيانه إذا أحلف لا يدخل بيتـًا، فدخل كنيسةً، أو بيعةً، أو بيت نار،

وَيُقَالُ يُكْنَسُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَوْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ رَأْسًا فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ البَقَرِ وَالغَنَمِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ عَلَى الغَنَمِ خَاصَّةً، وَهَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ كَانَ العُرْفُ فِي زَمَنِهِ فِيهِمَا وَفِي زَمَنِهِمَا فِي الغَنَمِ خَاصَّةً، وَفِي زَمَانِنَا يُفْتَى عَلَى حَسَبِ العَادَةِ كَمَا هُوَ المَذْكُورُ فِي المُخْتَصَرِ. (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ فَاكِهَةً فَأَكَلَ عِنَبًا أَوْ رُمَّانًا أَوْ رُطَبًا أَوْ قِثَّاءً أَوْ خِيَارًا لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ أَكَلَ تُفَّاحًا أَوْ بِطِّيخًا أَوْ مِشْمِشًا حَنِثَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو

أو كعبة، لا يحنث؛ لأنه تعذر العمل بحقيقة البيت، فإنه لا يمكن الدخول في بيت العنكبوت.

وبمثله لو حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت يحنث وإن كان لا يتعارف؛ لأنه أمكن العمل بحقيقته في حق الهدم ولا يمكن العمل بحقيقته في حق الدخول، إذا ثبتَ هذا فنقول: ففيما نحن فيه إذا عقد يمينه على أكل الرأس فالعمل بحقيقته هنا يمتنع؛ لأن الرأس اسم للعظم واللحم وأكل الكل ممتنع، وإذا عقد يمينه على اللحم فالعمل بالحقيقة ممكن؛ لأن ما هو اللحم يؤكل بجميع أجزائه فيتقيد اليمين بالحقيقه.

وعن هذا يخرج الجواب عما وردَ شبهة بيمين من حلف لا يركب دابة حيث لا يحنث بركوب الكافر وغيره، وإن كان دابة حقيقةً وقد وردَ به الشرع؛ لما أن من الدابة ما لا يمكن الركوب عليها أصلًا وإن كان اسم الدابة فيه حقيقةً كالنملة، فلمَّا لم يمكن إجراء يمينه في الدواب كلها وجب تقييدها بالمتعارف وهو الحمار والبغل والفرس، وقد ذكرناه.

فإن قيل: هذا الأصل وإن كان يستقيم في الأكل فلا يستقيم في الشراء، فإن الرأس يشترى بجميع أجزائه ويجوز الشراء في الكل.

قلنا: لا كذلك فإن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء إليه كرأس النمل والذباب والآدمي، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي: هذا المجموع على هذا التفصيل عند أبي

يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: حَنِثَ فِي العِنَبِ وَالرُّطَبِ وَالرُّمَّانِ أَيْضًا) وَالأَصْلُ أَنَّ الفَاكِهَةَ اسْمٌ لِمَا يُتَفَكَّهُ بِهِ قَبْلَ الطَّعَامِ وَبَعْدَهُ: أَيْ يُتَنَعَّمُ بِهِ زِيَادَةً عَلَى المُعْتَادِ، وَالرُّطَبُ وَاليَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ التَّفَكُّهُ بِهِ مُعْتَادًا حَتَّى لا يَحْنَثَ بِيَابِسِ البِطِّيخِ، وَهَذَا المَعْنَى مَوْجُودٌ فِي التُّفَّاحِ وَأَخَوَاتِهِ فَيَحْنَثُ بِهَا وَغَيْرُ مَوْجُودٍ فِي القِثَّاءِ وَالخِيَارِ لِأَنَّهُمَا مِنَ البُقُولِ بَيْعًا وَأَكْلًا فَلَا يَحْنَثُ بِهِمَا، وَأَمَّا العِنَبُ وَالرُّطَبُ وَالرُّمَّانُ فَهُمَا يَقُولانِ إِنَّ مَعْنَى التَّفَكُّهِ مَوْجُودٌ فِيهَا فَإِنَّهَا أَعَزُّ الفَوَاكِهِ وَالتَّنَعُّمُ بِهَا يَفُوقُ التَّنَعُّمَ

حنيفة رحمه الله هكذا، لا على وجه الخصوص فإن الحكم فيما وراء الثلاثة الأول وهي: العنب والرمان والرطب عندهما أيضًا كالمذكور عند أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: زِيَادَةً عَلَى المُعْتَادِ، أي: على الغذاء الأصلي حتى تسمَّى النار فاكهة، والمزاح فُكَاهة لوجود زيادة التنعُّم فيهما.

قوله: وَالرُّطَبُ وَاليَابِسُ فِيهِ سَوَاءٌ، يعني: أن ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه، ويابس هذه الأشياء لا تعد فاكهة فيجبُ أن يكون رطبها كذلك.

القِثَّاءُ: خيار، **وَالخِيَارِ:** خيار بادرنگ.

قوله: لِأَنَّهُمَا مِنَ البُقُولِ بَيْعًا، فإن بائع البقول هو الذي يبيعهما لا غيره، وأمَّا أكلًا فإنَّهما يوضعان على المرائد حيث يوضع النعناع والبصل والجرجير.

فحاصل المسألة على ثلاثة أوجه: (١) في وجه يحنث بالاتفاق، وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان، ويستوي في ذلك الرطب واليابس، (٢) وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو أن يأكل الخيار والقثاء والجرجير؛ لأنها تؤكل مع البقول، (٣) وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان إذا لم يكن له نية، فعند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يحنث وعلى قولهما يحنث، وإن نوى هذه الأشياء عند الحلف يحنث بالإجماع.

ومشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا اختلاف عرف وزمان، فأبو حنيفة رحمه الله أفتى

بِغَيْرِهَا، وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: إِنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا وَيُتَدَاوَى بِهَا فَأَوْجَبَ قُصُورًا فِي مَعْنَى التَّفَكُّهِ لِلاسْتِعْمَالِ فِي حَاجَةِ البَقَاءِ وَلِهَذَا كَانَ اليَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ أَوْ مِنَ الأَقْوَاتِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْتَدِمُ فَكُلُّ شَيْءٍ اُصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إدَامٌ وَالشِّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ وَالمِلْحُ إدَامٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: كُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الخُبْزِ

على حسب زمانه، فإنَّهم لا يعدونَها من الفواكه فأفتى على عرف زمانه، وتغيُّر العرف في زمانِهما، وفي عرفنا ينبغي أن يحنث في يمينه أيضًا، كذا في «التحفة».

قوله: إِنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ مِمَّا يُتَغَذَّى بِهَا - أي: بالعنب والرطب - وَيُتَدَاوَى بِهَا، أي: بالرمان.

قوله: وَلِهَذَا كَانَ اليَابِسُ مِنْهَا مِنَ التَّوَابِلِ - كيابس الرمان - أَوْ مِنَ الأَقْوَاتِ، كيابس العنب، فالتوابل جمع التَّابل بفتح التاء وكسرها، ذكره في «الديوان»، من توابل القدر: ديگ افزار.

قوله: فَكُلُّ شَيْءٍ اُصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إدَامٌ، وذلك كالخل والزيت والعسل والزبد، فالإدام هو ما يصلح به الخبز للأكل ويؤتدم به، ومدار التَّركيب على الموافقة والملائمة، وهو: أعني الإدام عام في المائع وغيره، وأمَّا الصبغ فمختص بالمائع، كذا في «المغرب».

ولفظ: اُصْطُبِغَ، بضم الطاء على بناء المفعول، هكذا كان مقيدًا بقيد شيخي رحمه الله، الاصطباغ: (نان خودش گرفتن)، وتعدى بالباء.

وفي «المغرب»: الصبغ: ما يصبغ به، ومنه الصبغ من الإدام؛ لأن الخبز يغمس فيه ويُلَوَّنُ به كالخل والزيت، ويقال: اصطبغ بالخل، وفي الخل، ولا يقال: اصطبغ الخبز بالخل.

قوله: وَالشِّوَاءُ لَيْسَ بِإِدَامٍ وَالمِلْحُ إدَامٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه: فالخل والزيت واللبن والزبد وأمثالها ممَّا يُصْطبغ به فهو إدام بالاتفاق، والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها ممَّا يُؤكل وحده غالبًا ليس بإدام بالاتفاق،

غَالِبًا فَهُوَ إِدَامٌ) وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الإِدَامَ مِنَ المُوَادَمَةِ وَهِيَ المُوَافَقَةُ وَكُلُّ مَا يُؤْكَلُ مَعَ الخُبْزِ مُوَافِقٌ لَهُ كَاللَّحْمِ وَالبِيضِ وَنَحْوِهِ، وَلَهُمَا أَنَّ الإِدَامَ مَا يُؤْكَلُ تَبَعًا، وَالتَّبَعِيَّةُ فِي الِاخْتِلَاطِ حَقِيقَةٌ لِيَكُونَ قَائِمًا بِهِ، وَفِي أَنْ لَا يُؤْكَلَ عَلَى الِانْفِرَادِ حُكْمًا، وَتَمَامُ المُوَافَقَةِ فِي الِامْتِزَاجِ أَيْضًا، وَالخَلُّ وَغَيْرُهُ مِنَ المَائِعَاتِ لا يُؤْكَلُ وَحْدَهُ بَلْ يُشْرَبُ، وَالمِلْحُ لا يُؤْكَلُ بِانْفِرَادِهِ عَادَةً وَلِأَنَّهُ يَذُوبُ فَيَكُونُ تَبَعًا، بِخِلَافِ اللَّحْمِ وَمَا يُضَاهِيهِ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ وَحْدَهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْدِيدِ، وَالعِنَبُ وَالبِطِّيخُ لَيْسَا بِإِدَامٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

واختلفو في الجبن والبيض واللحم، فجعلها محمد رحمه الله إداماً باعتبار أن هذه الأشياء لا تؤكل وحدها غالبًا، فكانت تبعًا للخبز وموافقةً له، وقال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأة: «لو نظرتَ إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» أي: يوافق، فما يؤكل مع الخبز غالبًا فهو موافق له.

وهما يقولان: نعم كذلك، إلا أنه لا يشترط فيه تمام الموافقة وحقيقة التبعية، وذلك إنَّما يكون عند الاختلاط بالامتزاج، وذلك أن الإدام ما لا يتأتى فيه أكله وحده كالملح فإنه إدام، والخل واللبن؛ لأنه لا يتأتى فيه الأكل وحده؛ لأن ذلك يكون شربًا لا أكلًا، فأمَّا اللحم والخبز والبيض فيتأتى الأكل وحدها فلم يكن إدامًا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفًا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث، وحنث عند محمد رحمه الله وهو يقول: هذا قد يؤكل مقصودًا فلا يصير تبعًا للخبز بالشك، وهما يقولان: إدام من وجه؛ لأنه قد يؤكل تبعًا وقد يؤكل وحده فلا يحنث فيهما بالشك، وأمَّا العنب والبطيخ فقيل هو على الاختلاف.

وذكر الإمام السرخسي رحمه الله أنه ليس بإدام بالإجماع وهو الصحيح، والبقل ليس بإدام بالإجماع؛ لأن آكله لا يسمى مؤتدمًا.

(وَإِذَا حَلَفَ لَا يَتَغَدَّى فَالغَدَاءُ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ وَالعَشَاءُ مِنْ صَلَاةِ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ) لِأَنَّ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ يُسَمَّى عِشَاءً وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتَيِ العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ (وَالسُّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الفَجْرِ) لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ مِنَ السَّحَرِ وَيُطْلَقُ عَلَى مَا يَقْرُبُ مِنْهُ، ثُمَّ الغَدَاءُ وَالعَشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَةً وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلْدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الشِّبَعِ.

قوله: فَالغَدَاءُ الأَكْلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ، إلى آخره، هذا توسع في العبارة، ومعناه: أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف؛ وذلك لأن الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكله، وكذلك العَشاء بالفتح والمدِّ اسم لطعام العشي، كذا في «المغرب».

ثمَّ لمَّا كان الغداء اسمًا للطعام من طلوع الفجر إلى الظهر، فلو حلفَ أنه لا يتغذي ثمَّ أكل بعد الزوال لا يحنث؛ لأن ذلك الطعام ليس بغداء بل هو عشاء، وكذلك في قوله: لا يتعشى لا يحنث إذا أكل الطعام بعد نصف الليل؛ لأنه لم يوجد التعشي.

قوله: وَلِهَذَا تُسَمَّى الظُّهْرُ إِحْدَى صَلَاتَيِ العِشَاءِ فِي الحَدِيثِ، فإنه ذكر في «الإيضاح» في باب الحلف على الغداء فقال: فإنه ورد في الحديث: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلم صلَّى إحدى صلاتَي العشاء ركعتين» يريد به الظهر أو العصر، وكذا أيضًا في «شرح مختصر العامري».

قوله: ثُمَّ الغَدَاءُ وَالعَشَاءُ مَا يُقْصَدُ بِهِ الشِّبَعُ عَادَةً، حتى لو أكل لقمة أو لقمتين لا يحنث، ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل من نصف الشبع.

قوله: وَتُعْتَبَرُ عَادَةُ أَهْلِ كُلِّ بَلْدَةٍ فِي حَقِّهِمْ، يعني: إن كانت خبزًا فخبز، وإن كانت لحمًا فلحم، حتى أن الحضري لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث، والبدوى بخلافه؛ لأنه غداء في البادية، ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر حتى شبع لم يحنث، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الغداء في مثل الكوفة والبصرة على الخبز؛ لما بينا أن المعتبر هو العادة، وكذلك الهريسة والفالوذج يعتبر في ذلك عادة الحالف، والتصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكبر؛ لأن التصبُّح تفعل من الصباح، فيفيدُ زيادة على ما يفيده

(وَمَنْ قَالَ إنْ لَبِسْتُ أَوْ أَكَلْتُ أَوْ شَرِبْتُ فَعَبْدِي حُرٌّ، وَقَالَ عَنَيْتُ شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَغَيْرِهِ) لِأَنَّ النِّيَّةَ إنَّمَا تَصِحُّ فِي المَلْفُوظِ وَالثَّوْبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ تَنْصِيصًا وَالمُقْتَضَى لا عُمُومَ لَهُ فَلَغَتْ نِيَّةَ التَّخْصِيصِ فِيهِ (وَإِنْ قَالَ إنْ لَبِسْتُ ثَوْبًا أَوْ أَكَلْتُ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا لَمْ يُدَنْ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) لِأَنَّهُ نَكِرَةٌ فِي مَحَلِّ الشَّرْطِ فَتَعُمُّ فَعَمِلَتْ نِيَّةُ التَّخْصِيصِ فِيهِ إلَّا أَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ فَلَا يَدِينُ فِي القَضَاءِ.

الإصباح، ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال: إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث؛ لأن وقت السحر ما قرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر.

والمساء مساءان: أحدهما: أنه إذا زالت الشمس، والآخر إذا غربت الشمس، فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي، فهذا على غيبوبة الشمس؛ لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأولى فيحمل على الثاني، كذا في «الإيضاح».

قوله: لَمْ يُدَيَّنْ فِي القَضَاءِ وَغَيْرِهِ؛ - أي: لا يصدق لا قضاءً ولا ديانةً - لِأَنَّ النِّيَّةَ إنَّمَا تَصِحُّ فِي المَلْفُوظِ وَالثَّوْبُ وَمَا يُضَاهِيهِ غَيْرُ مَذْكُورٍ، إلى آخره، فإن قيل: يشكل على هذا الأصل مسألتان:

إحداهما: قوله: إن خرجت ونوى به السفر يصدق ديانةً مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً.

والثانية: ما إذا حلف: لا يساكن فلانًا، ونوى أن لا يساكنه في بيت واحدٍ يصح نيته، مع أن المسكن غير مذكور حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث.

قلنا: أمَّا المسألة الأولى فممنوعة، والمنع من القضاة الأربعة هم: القاضي أبو الهيثم، والقاضي أبو حازم، والقاضي أبو طاهر الدباس، والقاضي القمي رحمهم الله تعالى، ولئن سلمنا فالفرق بينهما ثابت، وهو أن الخروج يتنوع إلى نوعين:

مديد وقصير، وهما مختلفان اسمًا وأحكامًا، فإن المديد يسمَّى سفرًا وأحكامه على خلاف

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ لَمْ يَحْنَثْ) حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرْعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالا: إِذَا شَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ يَحْنَثُ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفُ المَفْهُومِ، وَلَهُ أَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلتَّبْعِيضِ وَحَقِيقَتُهُ فِي الكَرْعِ وَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ، وَلِهَذَا يَحْنَثُ بِالكَرْعِ إِجْمَاعًا فَمُنِعَتِ المَصِيرَ إِلَى المَجَازِ وَإِنْ كَانَ مُتَعَارَفًا.

أحكام الخروج القصير، فإذا نوى أحد النوعين صحت نيته؛ وذلك لأن الفعل يحتمل التنويع ولا يحتمل التخصيص، ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج ونوى حبشيَّة أو روميَّة يصدق، ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق؛ لأن الأول نوع والثانِي لا، فلمَّا كان كذلك كان نية السفر في قوله: إن خرجت، نية في أحد نوعي الخروج فيصح، حتى لو نوى الخروج إلى مكان بعينه كبغداد مثلًا لم تصح نيته؛ لأن المكان غير مذكور فلم تصح نية التخصيص.

وأمَّا الجواب عن المساكنة فإنه إنَّما صحت نية المساكنة في بيتٍ واحدٍ؛ لأنه نوى أتمَّ ما يكون من المساكنة، فإن أعم ما يكون من المساكنة في بلدة، والمطلق في المساكنة في العرف في دار واحدة، وأتمَّ ما يكون من المساكنة في بيت واحد، فهذه النية أيضًا ترجع إلى بيان نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه، كذا ذكره الإمام السرخسي، والتمرتاشي، والمرغينانِي رحمهم الله تعالى.

الكرع: تناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يشرب بكفيه ولا بإناء، يقال: كرع الرجل في الماء وفي الإناء إذا مدَّ عنقه نحوه ليشربه، ومنه: «كره عكرمة الكرع في النهر؛ لأنه فعل البهيمة يدخل فيه أكارعه»، والكراع: مستدق الساق، كذا في «الصحاح»، و«المغرب»، فكان معنى **قوله**: لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَكْرَعَ مِنْهَا كَرْعًا، أي: لا يحنث عنده حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب.

قوله: وَهُوَ الشَّرْطُ، أي: كونه منسوبًا إلى دجلة هو شرط الحنث.

قوله: وَهِيَ مُسْتَعْمَلَةٌ، أي: عرفًا وشرعًا، أمَّا عرفًا فظاهر، وأمَّا شرعًا فهو ما جاء في الحديث: «أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال لقوم نزل عندهم: هل عندكم ماء باتَ في الشن

(وَإِنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ مَّاءِ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ بَعْدَ الِاغْتِرَافِ بَقِيَ مَنْسُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ الشَّرْطُ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَرِبَ مِنْ مَّاءِ نَهْرٍ يَأْخُذُ مِنْ دِجْلَةَ.

وإلا كرعنا»، وقد بينا أن الحقيقة متى كانت مستعملة فاللفظ يحمل عليها دون المجاز، والحقيقة مرادة هاهنا فإنه لو كرع يحنث وهو حقيقة الشرب من دجلة، كذا في «المبسوط».

وهذا معنى **قوله**: وَلِهَذَا يَحْنَثُ بِالكَرْعِ إِجْمَاعًا، فإن قيل: لا نسلم بأن الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز، كما في قوله: لا يضع قدمه في دار فلان، ولمَّا كان كذلك وجبَ أن يحنث فيما إذا شربه من دجلة بالاغتراف بالإناء؛ لما أن الحكم في عموم المجاز كذلك.

قلنا: الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز إذا كانت الحقيقة مستعملة؛ لما أنَّ إضافة الحكم إلى الحقيقة أوْلَى؛ لأنَّها هي الأصل في الكلام.

بخلاف قوله: لا يضع قدمه في دار فلان، فإن ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف، فلذلك لم يختلف فيه هيئة الداخل في الحنث لوجود الدخول؛ لما أن هذا اللفظ مجرَّد استعارة للدخول لا غير، حتى أنه لو كان مستلقيًا أو قاعدًا خارج الدار فأدخل قدميه فوضعهما في الدار لا يحنث؛ لأن الرجل إنما يسمى داخلًا إذا كان معتمدًا على قدميه داخل الدار قائمًا أو قاعدًا، ولم يوجد فلا يحنث لعدم الدخول، إلى هذا أشار في «الذخيرة» في فصل الخروج والإتيان.

وأمَّا هاهنا فقال: لا يشرب من دجلة، ومن للتبعيض أو لابتداء الغاية، فكانت حقيقة أن يضع فاه على بعض الدجلة فيشربه، أو أن يكون ابتداء شربه من دجلة وهي مستعملة على ما ذكرنا، فيجب أن تكون الحقيقة مرادة لا غير؛ لأن موضع الحقيقه حقيق بأن يراد فينحَّى المجاز حينئذٍ؛ لأنَّهما لا يجتمعان.

قوله: وَإِنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ مَّاءِ دِجْلَةَ فَشَرِبَ مِنْهَا بِإِنَاءٍ حَنِثَ، نظير هاتين المسألتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز، فصبَّ الماء الذي في الكوز في كوز آخر وشرب منه لا يحنث بالإجماع.

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَشْرَبِ المَاءَ الَّذِي فِي هَذَا الكُوزِ اليَوْمَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَلَيْسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَاءٌ فَأُهْرِيقَ قَبْلَ اللَّيْلِ لَمْ يَحْنَثْ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَحْنَثُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ) يَعْنِي إِذَا مَضَى اليَوْمُ، وَعَلَى

ولو قال: لا أشرب من ماء هذا الكوز، فصبَّ الماء الذي في الكوز في كوز آخر وشرب منه يحنث في يمينه؛ لأنه عقد يمينه على الماء الذي في الكوز، وإن صب في كوز آخر لا يخرج من أن يكون ذلك الماء، بخلاف قوله: لا أشرب من هذا الكوز؛ لأن هناك عقد يمينه على الشرب من الكوز المعين ولم يشرب من ذلك الكوز، ولو حلف لا يشرب من هذا الجبِّ أو من هذا البير حُكي عن أبي سهل الشرعي رحمه الله أنه كان يقول: إذا كان الجب والبئر ملآن يمكن الكرع فيه، فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الاغتراف، فإن تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البير أو من أسفل الجب اختلف المشايخ، والصحيح أنه لا يحنث، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَلَيْسَ فِي الكُوزِ مَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ؛ لأنه لم ينعقد يمينه على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يحنث؛ وذلك لأنه عقد يمينه على خبر ليس فيه رجاء الصدق، إلا أنه لا فرق هاهنا بين أن يعلم أن الكوز لا ماءَ فيه أو لا يعلم؛ لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز، والله تعالى وإن أحدث في الكوز ماءً فليس هو الماء الذي كان موجودًا في الكوز وقت اليمين؛ لأن الماء الذي أضافَ إليه الشرب لا يحتمل الوجود إذ الحادث غيره، بخلاف مسألة القتل إذا كان يعلم بموت فلان؛ لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان، فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى: ﴿فَأَمَاتَهُ ٱللَّهُ مِاْئَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٥٩]، فكان ما عقد عليه اليمين متوهمًا، ووزان هذا من مسألة الكوز أن لو قال: والله لأقتلنَّ هذا الميت، فإن يمينه لا تنعقد؛ لأنه لا تصور فيما حلف عليه، فإنه إذا أحياه الله تعالى حتى يتحقق فيه فعل القتل لا يكون ميتًا.

واحتجَّ أبو يوسف رحمه الله بأن محل اليمين خبر في المستقبل، سواءٌ كان الحالف قادرًا عليه أو عاجزًا عنه، ألا ترى أنه لو قال: والله لأمسن السماء، أو لأحوّلن هذا الحجر

هَذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَ اليَمِينُ بِاللهِ تَعَالَى، وَأَصْلُهُ أَنَّ مِنْ شَرْطِ انْعِقَادِ اليَمِينِ وَبَقَائِهِ تَصَوُّرِ البِرِّ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ اليَمِينَ إِنَّمَا تُعْقَدُ لِلْبِرِّ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ البِرِّ لِيُمْكِنَ إِيجَابُهُ، وَلَهُ أَنَّهُ أَمْكَنَ القَوْلُ بِانْعِقَادِهِ مُوجِبًا لِلْبِرِّ عَلَى وَجْهٍ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الخُلْفِ وَهُوَ الكَفَّارَةُ. قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ تَصَوُّرِ الأَصْلِ لِيَنْعَقِدَ فِي حَقِّ الخُلْفِ وَلِهَذَا لَا يَنْعَقِدُ الغَمُوسُ مُوجِبًا لِلْكَفَّارَةِ.

(وَلَوْ كَانَتِ اليَمِينُ مُطْلَقَةً؛ فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ لَا يَحْنَثُ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَحْنَثُ فِي الحَالِ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي يَحْنَثُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) فَأَبُو يُوسُفَ فَرَّقَ بَيْنَ المُطْلَقِ وَالمُوَقَّتِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ التَّوْقِيتَ لِلتَّوْسِعَةِ فَلَا يَجِبُ الفِعْلُ إِلَّا فِي آخِرِ

ذهبًا انعقدَ يمينه؛ لأنه عقدها على خبر في المستقبل، وإن كان هو عاجزًا عن تحصيله فهذا مثله، وقالا: محل اليمين المعقودة خبر فيه رجاء الصدق، لأنَّها تعقد للحظر أو الإيجاب أو لإظهار معنى الصدق، وذلك لا يتحقق فيما ليسَ فيه رجاء الصدق، فلا ينعقد أصلًا كيمين الغموس، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَتْ مُطْلَقَةً - بأن لم يذكر اليوم - فَفِي الوَجْهِ الأَوَّلِ، بأن لم يكن في الكوز ماء وذكر اليوم.

قوله: وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي، وهو ما إذا لم يذكر اليوم وفي الكوز ماء فأهريق قبل الليل.

قوله: فَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فَرَّقَ بَيْنَ المُطْلَقِ وَالمُوَقَّتِ، أي: في مسألة الوجه الثاني، وهو ما إذا كان في الكوز ماء فأهريق قبل الليل، فأبو يوسف رحمه الله يفرق في هذه المسألة بين المطلق والمؤقت، وأراد بالمطلق ما إذا لم يذكر اليوم وبالمؤقت ما إذا ذكر اليوم، ففرق بينهما في الحكم فقال: في المطلق يحنث حال وقت الإراقة من غير توقفٍ إلى الليل، وفي المؤقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه إلى آخر اليوم، فعند غيبوبة الشمس يحنث عنده، وهما يفرقان بين المطلق والمؤقت أيضًا لكن بوجه آخر ويقولان: إن في المؤقت تبطل اليمين

الوَقْتِ فَلَا يَحْنَثُ قَبْلَهُ، وَفِي المُطْلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ وَقَدْ عَجَزَ فَيَحْنَثُ فِي الحَالِ وَهُمَا فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ فِي المُطْلَقِ يَجِبُ البِرُّ كَمَا فُرِغَ، فَإِذَا فَاتَ البِرُّ بِفَوَاتِ مَا عُقِدَ عَلَيْهِ اليَمِينُ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ وَالمَاءُ بَاقٍ؛ أَمَّا فِي المُؤَقَّتِ فَيَجِبُ البِرُّ فِي الجُزْءِ الأَخِيرِ مِنَ الوَقْتِ وَعِنْدَ ذَلِكَ لَمْ تَبْقَ مَحَلِّيَّةُ البِرِّ لِعَدَمِ التَّصَوُّرِ فَلَا يَجِبُ البِرُّ فِيهِ فَتَبْطُلُ اليَمِينُ كَمَا إِذَا عَقَدَهُ ابْتِدَاءً فِي هَذِهِ الحَالَةِ.

بالإراقة فلا يحنث لا في الحال ولا في آخر اليوم، وفي المطلق يحنث حال وقت الإراقة.

واحتجَّ أبو يوسف رحمه الله في المسألة الثانية وهي: ما إذا كان في الكوز ماء فأريق قبل الليل فقال: إنما يحنث؛ لأنه تحقق فوات شرط البر وذلك يوجب الحنث، كما لو كانت اليمين مطلقة عن الوقت، إلا أن تأثير التوقيت في منع الحنث ما لم يمض الوقت، فإذا مضى الوقت حنث كما في قوله: لأمسنَّ السماءَ اليوم.

وهما يقولان: شرط حنثه ترك فعل الشرب ولا تصور لذلك إذا أراق الماء، وكما لا تنعقد اليمينُ بدون محلها لا تبقى بدون محلها، وبالإجماع لا يحنث قبل الليل، فعرفنا أن اليمين تسقط من غير حنث، يوضحه: أن موجب هذا اليمين ترك فعل الشرب مطلقاً، وذلك بخلاف ما عقد عليه يمينه، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَهُمَا فَرَّقَا بَيْنَهُمَا، أي: بين المؤقت والمطلق في الوجه الثاني، وهو ما إذا كان في الكوز ماء، وأمَّا في الوجه الأول فلا يحتاجان إلى الفرق؛ لأنَّهما يقولان بعدم الانعقاد، وفرَّقا في الوجه الثاني وقالا: لا يحنث في المؤقت ويحنث في المطلق.

قوله: أَمَّا فِي المُؤَقَّتِ فَيَجِبُ البِرُّ فِي الجُزْءِ الأَخِيرِ مِنَ الوَقْتِ، أي: يتأكد وجوب البر؛ وذلك لأن اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقتًا باليوم، فإنما يلزم انعقاده في آخر النهار مثل قوله: والله لأفعلن كذا اليوم، فإنما يلزم انعقاده في آخر اليوم من قِبَل أن الفعل الذي لا يتمد إذا أضيف إلى وقتٍ يمتد صار الوقت ظرفاً له لا معيارًا له، مثل صلاة الظهر في وقت الظهر، أن الوقت ظرفه لا يتعين له على البتات إلا في آخره، على احتمال أن يكون كل جزءٍ

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَقْلِبَنَّ هَذَا الحَجَرَ ذَهَبًا انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا) وَقَالَ زُفَرُ: لا تَنْعَقِدُ لِأَنَّهُ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً فَأَشْبَهَ المُسْتَحِيلَ حَقِيقَةً فَلَا يَنْعَقِدُ، وَلَنَا أَنَّ البِرَّ مُتَصَوَّرٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الصُّعُودَ إِلَى السَّمَاءِ مُمْكِنٌ حَقِيقَةً؛ أَلَا تَرَى أَنَّ المَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَ السَّمَاءَ،

منه وقتًا لأدائه باختياره، فإذا لم يفعل تعيَّن الآخر، فكذلك هاهنا أضيف شرب الماء وهو لا يمتد إلى اليوم المعرَّف وهو اليوم القائم الممتد، فإذا لم يشربه في آخر النهار صار آخره متعينًا لانعقاد اليمين في حق وجوب البرِّ، وفي ذلك الوقت الماء هالك فصار بمنزلة ابتداء العقد في آخر النهار والماء هالك، فكانت هذه المسألة فرعًا لمسألة اليمين التي حلف ليشربن ماء هذا الكوز وليس فيه ماء، وهناك الاختلاف هكذا فكذا هنا، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله.

ومن فروع مسألة الكوز ما إذا قال الرجل لامرأته: إن لم تَهبي لي صداقك اليوم فأنتِ طالق، وقال أبوها: إن وهبتِ له صداقكِ فأمُّك طالق، فالحيلة في أن لا يحنثا هي أن تصالح أباها عن مهرها بثوبٍ ملفوف، فإذا مضى اليوم لم يحنث؛ لأنَّها لم تَهب، ولم يحنث الزوج؛ لأنَّها عجزت عن الهبة عند الغروب؛ لأن الصداق سقطَ من الزوج بالصلح، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنِثَ عَقِيبَهَا، هذا إذا حلف مطلقًا، فأمَّا إذا وقَّت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت، وقال زفر رحمه الله: يحنث حالًا كما في المطلق، ولنا: أنه لم يلتزم البر حالًا فلا يحنث بتركه حالًا.

وفي «جمع الناطفي»: إن تركت مسّ السماء فعبدي حر لم يحنث؛ لأن الترك لا يتصور في غير المقدور عادةً، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّ المَلَائِكَةَ يَصْعَدُونَهُ، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ فَوَجَدْنَٰهَا مُلِئَتْ حَرَسًا﴾ [الجن: ٨]، فلما كانت السماء عينًا ممسوسةً لمخلوقٍ كان المسُّ متصورًا لمخلوق آخر لا مستحيلًا؛ ولأن مستحيل الوجود في نفسه لا يختلف بين مخلوق ومخلوق،

وَكَذَا تَحَوُّلُ الحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحْوِيلِ اللهِ تَعَالَى، وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنْعَقِدُ اليَمِينُ مُوجِبًا لِخُلْفِهِ ثُمَّ يَحْنَثُ بِحُكْمِ العَجْزِ الثَّابِتِ عَادَةً، كَمَا إِذَا مَاتَ الحَالِفُ فَإِنَّهُ يَحْنَثُ مَعَ احْتِمَالِ إِعَادَةِ الحَيَاةِ بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكُوزِ، لِأَنَّ شُرْبَ المَاءِ الَّذِي فِي الكُوزِ وَقْتَ الحَلِفِ وَلَا مَاءَ فِيهِ لَا يُتَصَوَّرُ فَلَمْ يَنْعَقِدْ.

فكان مستحيل الوجود في حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون.

قوله: وَكَذَا تَحَوُّلُ الحَجَرِ ذَهَبًا بِتَحْوِيلِ اللهِ تَعَالَى، فإن قيل: لو قدرت تصوره بمحض إيجاد الله تعالى، يجبُ أن يحنث أيضًا في اليمين الغموس؛ لأن إعادة الزمان الماضي في قدرة الله تعالى أيضًا، وقد فعلها لسليمان عليه السلام فيجبُ أن تنعقد هيَ أيضًا بهذا الطريق ثم يحنث الحالف عقيبه، كما هاهنا.

قلنا: إنما لا ينعقد هناك؛ لأنه أخبر عن فعل قد وُجد منه وذلك لا كون له، فإن الله عزَّوجل وإن أعاد الزمان الماضي لا يصير الفعل موجودًا من الحالف حتى يفعله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا كَانَ مُتَصَوَّرًا يَنْعَقِدُ اليَمِينُ؛ وذلك لأن الإيجابَ من العبد معتبر بالإيجاب من الله تعالى، واليمينُ جهة في إيجاب البر والإيجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خَلَفٌ، ألا ترى أن الصوم واجبٌ على الشيخ الفانِي وإن لم يكن له قدرة، لمكان التصور والخلف، فكذلك هاهنا عقيبَ وجوب البر، فوجبت الكفارةُ للعجز الثابت عادةً كما وجبت الفِدْية هناك عقيب وجوب الصوم، كذا في «الفوائد الظهيريَّة»، والله تعالى أعلم.

(بَابُ اليَمِينِ فِي الكَلَامِ)

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلَانًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ)؛ لِأَنَّهُ

باب اليمين في الكلام

لما ذكر بيان أيمان السكنى والدخول والخروج والأكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا، شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الأبواب المتفرقة وهو الكلام؛ إذ اليمين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصوم والصلاة من أنواع الكلام، فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلَانًا فَكَلَّمَهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَائِمٌ حَنِثَ، اعلم أن التكليم عبارة عن إسماعه كلامه كما في تكليم نفسه، فإنه عبارة عن إسماع نفسه إلا أن إسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه، فأقيم السبب المؤدي إليه مقامه، وهو أن يكون بحيث لو أصغى إليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع، ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الإسماع، كذا في «المبسوط» لشيخ الإسلام رحمه الله.

وذكر في «الذخيرة»: ولا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها، فإن كان موصولًا لم يحنث نحو أن يقول: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو قومي؛ لأن هذا من تمام الكلام الأول فلا يكون مرادًا باليمين، وكذلك إذا قال: واذهبي إلا أن يريد بِهذا كلامًا مستأنفًا، فعلى هذا لو قال الرجل لغيره: إن ابتدأتك بالكلام فعبدي حرٌّ فالتقيا وسلم كل واحدٍ منهما على صاحبه معًا لم يحنث الحالف فيه؛ لأن شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداية والبداية بالسبق، والحالف إن كلمه بالسلام إلا أنه لم يسبقه، وتسقط اليمين عن الحالف بِهذا الكلام حتى لا يحنث أبدًا بحكم هذه اليمين لوقوع اليأس عن كلامه بصفة

قَدْ كَلَّمَهُ وَوَصَلَ إِلَى سَمْعِهِ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِنَوْمِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ لَكِنَّهُ لَمْ يَفْهَمْ لِتَغَافُلِهِ، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ المَبْسُوطِ شَرَطَ أَنْ يُوقِظَهُ، وَعَلَيْهِ عَامَّةُ مَشَايِخِنَا، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَبَّهْ كَانَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ مِنْ بَعِيدٍ وَهُوَ بِحَيْثُ لا يَسْمَعُ

البداية؛ لأن كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف إنما يوجد بعد كلام المحلوف عليه.

وعن هذه المسألة قلنا: إن الرجل إذا قال لامرأته: إن ابتدأتك بكلام فأنت طالق، وقالت المرأة له: إن ابتدأتك بكلام فجاريتي حرة، ثم إن الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث في يمينه؛ لأن المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت: إن ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئًا لها، ثم المرأة بتكلمها لا تحنث في يمينها أيضًا؛ لأنَّها ما ابتدأت بالكلام.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا نَادَاهُ وَهُوَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَفْهَمْهُ لِتَغَافُلِهِ، فإن هناك يحنث؛ لأنه أَوْقَع صوته في أذنه وإن لم يفهمه، لِتَغَافُلِهِ، أي: لغفلته فيحنث، ألا ترى أنه لو ناداه وهو بعيدٌ يسمى هاذيًا، ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديًا، كذا في «المبسوط».

ولو حلف لا يكلم فلانًا فسلم الحالف على قوم والمحلوف عليه فيهم حنث في يمينه، قالوا: إلا أن لا يقصده بالسلام فيصدق ديانةً ولا يصدق قضاءً، ولو قال: السَّلام عليكم إلا على واحد لا يحنث في يمينه، هذا إذا سلم خارج الصلاة، فأمَّا إذا سلم وهما في الصلاة ففيه تفصيلٌ معروفٌ، ولو حلف لا يكلم فلانًا فدق فلان عليه الباب فقال: من هذا؟ حنث في يمينه، وإذا دق المحلوف عليه باب الحالف فقال الحالف بالفارسية: (كيست)، لا يحنث، ولو قال: (كى تو؟) يحنث.

ولو ناداه المحلوف عليه فقال: لبيك، أو لبى يحنث، فلو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين.

ولو حلف لا يكلم فلانًا فمرَّ المحلوف عليه بالحالف فقال الحالف: اصنع كذا يا حابط لأمر قد وقع، وقصد إسماع المحلوف عليه لا يحنث في يمينه، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ المَبْسُوطِ شَرَطَ أَنْ يُوقِظَهُ، فإنه رُوي في رواية: فناداه وأيقظه

صَوْتَهُ. (وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ إلَّا بِإِذْنِهِ فَأَذِنَ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالإِذْنِ حَتَّى كَلَّمَهُ حَنِثَ) لِأَنَّ الإِذْنَ مُشْتَقٌّ مِنَ الأَذَانِ الَّذِي هُوَ الإِعْلَامُ، أَوْ مِنَ الوُقُوعِ فِي الإِذْنِ، وَكُلُّ ذَلِكَ لا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِالسَّمَاعِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لا يَحْنَثُ لِأَنَّ الإِذْنَ هُوَ الإِطْلَاقُ، وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالآذِنِ كَالرِّضَا، قُلْنَا: الرِّضَا مِنْ أَعْمَالِ القَلْبِ، وَلا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ.

يحنث في يمينه، شرط في هذه الرواية الإيقاظ للحنث، وذكر في بعض الروايات: فناداه أو أيقظه، فهذا يدلُّ على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته يحنث وإن لم يوقظه، كذا في «المبسوطين».

ثم ذكر في «مبسوط شمس الأئمة السرخسي» رحمه الله: والأظهر أنه لا يحنث؛ لأن النائم كالغائب، فإذا لم ينتبه كان بمنزلة ما لو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته، وقيل: هو على الخلاف عند أبي حنيفة رحمه الله يحنث؛ لأنه يجعل النائم كالمنتبه، وعندهما لا يحنث، بيانه فيمن رمى سهمًا إلى صيد فوقع عند نائم حيًّا ثم لم يدرك الرامي ذكاته حتَّى ماتَ.

قوله: وَأَنَّهُ يَتِمُّ بِالآذِنِ كَالرِّضَا، يعني: إذا حلف لا يكلم إلا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث؛ لما أن الرضاء يتم بالراضي فكذلك الإذن يتم بالإذن.

قوله: وَلا كَذَلِكَ الإِذْنُ عَلَى مَا مَرَّ، وهو **قوله:** لِأَنَّ الإِذْنَ مُشْتَقٌّ مِنَ الأَذَانِ الَّذِي هُوَ الإِعْلَامُ، وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إلَّا بِالسَّمَاعِ.

فإن قيل: إذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الإذن حتى إذا علم يصير مأذونًا، هذا هو أثر الصحة، والرواية في «تتمّة الفتاوى»، عُلِم أن الإذن لا يحتاج إلى الإعلام.

قلنا: الإذن فكّ الحجر في حق العبد والعبد يتصرف بأهلية نفسه، ومالكيته تثبت بمجرد الإذن، وأمّا في اليمين فلمّا حرم كلامه باليمين إلا عند الإذن صار الإذن مثبتًا لإباحة الكلام للحالف، فلا بدَّ من الإعلام لذلك.

قَالَ: (وَإِنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ) لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَتَأَبَّدَ اليَمِينُ فَذَكَرَ الشَّهْرَ لِإِخْرَاجِ مَا وَرَاءَهُ فَبَقِيَ الَّذِي يَلِي يَمِينَهُ دَاخِلًا عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَاللهِ لَأَصُومَنَّ شَهْرًا لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّهْرَ لَمْ تَتَأَبَّدِ اليَمِينُ

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ شَهْرًا، إلى **قوله:** بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ وَاللهِ لَأَصُومَنَّ شَهْرًا، فالإجارات والآجال نظير الكلام، والاعتكاف نظير الصوم، وحقيقة الفرق في هذه المسائل تبتني على شيئين:

أحدهما: أن الامتناع من كلام فلان يستطاع ليلًا ونهارًا مؤبدًا ومؤقتًا، والصيام والاعتكاف ليسا بهذه المثابة، فالأول يقع على الأبد نظرًا إلى نفي المسمى وإمكان العمل بموجب هذا النفي، فيجبُ إخراج ما وراء الشهر الذي يليه؛ لأن ما يلي اليمين من الزمان في الكلام موجودٌ، وما وراء الشهر الذي يلي اليمين معدومٌ، ولا تعارض بين الموجود والمعدوم، فتعيَّن الموجود مرارًا في حق نفي الكلام وهو الشهرُ الذي يلي اليمين، فيبقى ما وراءه على الحل الأصلي، وفي الصيام والاعتكاف تعذَّر إيقاعهما على الأبد نظرًا إلى عدم الإمكان، فإن الليالي غير صالحة للصوم، ولاحتمال يمينه هذه أن تكون بعد الزوال، أو بعدما أكل قبل الزوال، أو في الليل، أو أتى الليل، وذكر الشهر على وجه التنكير فيقع على شهرٍ لا بعينه عملًا بالتنكير عند عدم إمكان التأبيد.

والثاني: أن التأجيل بصفة التأبيد يبطل البيع والإجارة، وكذلك التأجيل والإجارة بصفة الإبهام فاسدٌ فلا بدَّ من التعيين تحرزًا عن الفساد فنقول: تعيين ما كان موجودًا أَوْلَى، وهو الزمان الذي يلي الإجارة والتأجيل؛ لما ذكرنا أنه لا تعارض بين الموجود والمعدوم، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: عَمَلًا بِدَلَالَةِ حَالِهِ، وهي الغيظ الذي لحقه في الحال؛ لأنه لو لم يذكر الشهر لم يتأبد؛ إما لأنه إثباتي، بخلاف **قوله:** لا يُكَلِّمُهُ، فإنه عدمي والعدمي يستغرق، بخلاف الإثباتي، ألا ترى أنه كيف استغرق النهي في قوله: لا تفعل، ولم يستغرق الأمر في قوله: افعل، وإما لأن الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الأوقات التي لا تصلح أن تكون محلًّا للصوم،

فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنكَّرٌ فَالتَّعْيِينُ إِلَيْهِ (وَإِنْ حَلَفَ لا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ فِي صَلَاتِهِ لا يَحْنَثُ، وَإِنْ قَرَأَ فِي غَيْرِ صَلَاتِهِ حَنِثَ) وَعَلَى هَذَا التَّسْبِيحُ وَالتَّهْلِيلُ وَالتَّكْبِيرُ، وَفِي القِيَاسِ يَحْنَثُ فِيهِمَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ كَلَامٌ حَقِيقَةٌ، وَلَنَا أَنَّهُ فِي الصَّلَاةِ لَيْسَ بِكَلَامٍ عُرْفًا وَلا شَرْعًا، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ صَلَاتَنَا هَذِهِ لا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِّنْ كَلَامِ النَّاسِ» وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا لا يَحْنَثُ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ لا يُسَمَّى مُتَكَلِّمًا بَلْ قَارِئًا وَمُسَبِّحًا (وَلَوْ قَالَ يَوْمَ أُكَلِّمُ فُلَانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ) لِأَنَّ اسْمَ الْيَوْمِ إِذَا قُرِنَ بِفِعْلٍ لا يَمْتَدُّ يُرَادُ بِهِ مُطْلَقُ الْوَقْتِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] وَالكَلَامُ لا يَمْتَدُّ (وَإِنْ عَنِيَ النَّهَارَ خَاصَّةً دُيِّنَ فِي القَضَاءِ) لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ أَيْضًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يَدِينُ فِي القَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الْمُتَعَارَفِ.

(وَلَوْ قَالَ لَيْلَةَ أُكَلِّمُ فُلَانًا فَهُوَ عَلَى اللَّيْلِ خَاصَّةً)؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي سَوَادِ اللَّيْلِ كَالنَّهَارِ

بخلاف الامتناع عن الكلام، فإن الأوقات كلها سواء في حقه.

قوله: فَكَانَ ذِكْرُهُ لِتَقْدِيرِ الصَّوْمِ بِهِ وَأَنَّهُ مُنكَّرٌ، فلم يتعيَّن الشهر الذي يلي اليمين، وبمثله إن تركت الصوم شهرًا يتعين الشهر الذي يليه، ولو قال صوم شهر لا يتعين؛ لأن في الأول أدخل اللام فيه فاقتضى ترك صوم العمر، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه عن اليمين، وفي الثاني أضاف الصوم إلى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: وَإِنْ عَنِيَ النَّهَارَ خَاصَّةً دُيِّنَ فِي القَضَاءِ؛ لأنه حقيقة مستعملة، ولو قال: ليلة أكلم فلانًا فهوعلى الليل خاصة؛ لأن الليل ضد النهار، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى جَعَلَ ٱلَّيۡلَ وَٱلنَّهَارَ خِلۡفَةً﴾ [الفرقان: ٦٢]، فكما أن النهار مختص بزمان الضياء فكذلك الليل مختص بزمان الظلمة والسواد، كذا في «المبسوط».

لِلْبَيَاضِ خَاصَّةً، وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الوَقْتِ. (وَلَوْ قَالَ إِنْ كَلَّمْتُ فُلَانًا إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ قَالَ حَتَّى يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ فُلَانٌ أَوْ حَتَّى يَأْذَنَ فُلَانٌ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَكَلَّمَهُ قَبْلَ القُدُومِ وَالإِذْنِ حَنِثَ، وَلَوْ كَلَّمَهُ بَعْدَ القُدُومِ وَالإِذْنِ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ غَايَةٌ وَاليَمِينُ بَاقِيَةٌ قَبْلَ الغَايَةِ وَمُنْتَهِيَةٌ بَعْدَهَا فَلَا يَحْنَثُ بِالكَلَامِ بَعْدَ انْتِهَاءِ اليَمِينِ (وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ سَقَطَتِ اليَمِينُ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ المَمْنُوعَ

قوله: وَمَا جَاءَ اسْتِعْمَالُهُ فِي مُطْلَقِ الوَقْتِ، فإن قيل: فكيف يقال هذا فقد يذكر الليل بمعنى الوقت، قال القائل:

وَكُنَّا حَسِبْنَا كُلَّ سَوْدَاءَ تَمْرَةً * لَيَالِيَ لَاقَيْنَا الْحَزِيمَ وَحِمْيَرَا

والمراد بها الوقت.

قلنا: هذا القائل ذكر الليالي بعبارة الجمع، وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بإزائه من العدد الآخر، وذلك أصل آخر، وإنما كلامنا الآن في المذكور بعبارة الفرد، كذا ذكره الإمام التُّمرتاشي، وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله في «الجامع الصغير».

قوله: لِأَنَّهُ غَايَةٌ، أمَّا في كلمة (حتى) فظاهر؛ لأنَّها للغاية قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ مَطْلَعِ ٱلْفَجْرِ ۝﴾ [القدر: ٥]، وكذلك (إلا أن) قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ﴾ إلى أن قال: ﴿إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِۚ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، معناه: والله أعلم حتى تغمضوا فيه.

فإن قيل: كلمة (إلا أن) للشرط، بدليل أنه لو قال: أنت طالق إلا أن يقدم فلان فهو بمنزلة قوله: إن لم يقدم فلان.

قلنا: هي للغاية فيما يحتمل التأقيت، والطلاق مما لا يحتمل التأقيت وما نحن فيه يحتمله؛ لأنه يمين واليمين تحتمل التأقيت، ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق إن كلمت فلانًا شهرًا يتوقت وينقضي بانقضاء الشهر، بخلاف ما لو قال: أنت طالق شهرًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ سَقَطَتِ اليَمِينُ، أي: فلان الذي أسند إليه القدوم في **قوله**:

عَنْهُ كَلَامٌ يَنْتَهِي بِالإِذْنِ وَالقُدُومِ وَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ المَوْتِ مُتَصَوَّرُ الوُجُودِ فَسَقَطَتِ اليَمِينُ، وَعِنْدَهُ التَّصَوُّرُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعِنْدَ سُقُوطِ الغَايَةِ تَتَأَبَّدُ اليَمِينُ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَنْوِ عَبْدًا بِعَيْنِهِ أَوِ امْرَأَةَ فُلَانٍ أَوْ صَدِيقَ فُلَانٍ فَبَاعَ فُلَانٌ عَبْدَهُ أَوْ بَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ أَوْ عَادَى صَدِيقَهُ فَكَلَّمَهُمْ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى فِعْلٍ وَاقِعٍ فِي مَحَلٍّ مُضَافٍ إِلَى فُلَانٍ، إِمَّا إِضَافَةُ مِلْكٍ أَوْ إِضَافَةُ نِسْبَةٍ وَلَمْ يُوجَدْ فَلَا يَحْنَثُ، قَالَ هَذَا فِي إِضَافَةِ المِلْكِ بِالِاتِّفَاقِ، وَفِي إِضَافَةِ النِّسْبَةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ

إِلَّا أَنْ يَقْدَمَ فُلَانٌ.

فإن قيل: فلِمَ لم يسقط اليمين مع إمكان إعادة الحياة؟

قلنا: لو أحياه الله تعالى كانت الحياة الثانية غير الأولى؛ لأنها عرض فلا يتصور إعادتها حقيقة والحياة ليست بالروح، فإن الله تعالى حيٌّ وليس له روح، كذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين رحمه الله.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلَانٍ وَلَمْ يَنْوِ عَبْدًا بِعَيْنِهِ، إلى آخره، الأصل في جنس هذه المسائل أن الحالف متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه، ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم توجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه، ومتى عقد يمينه على فعل في محل منسوب إلى الغير ولكن لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين، ولا معتبر بالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

مثال الأول: إذا حلف لا يدخل دار فلان فباع فلان داره ودخلها الحالف لا يحنث في يمينه، ولو اشترى فلان دارًا أخرى ودخلها الحالف يحنث في يمينه اعتبارًا للنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه.

ومثال الثاني: إذا حلفَ لا يكلم زوجة فلان، فأبان زوجته وتزوج أخرى، أو حلف

يَحْنَثُ كَالمَرْأَةِ وَالصِّدِّيقِ، قَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: لِأَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةِ لِلتَّعْرِيفِ لِأَنَّ المَرْأَةَ وَالصَّدِيقَ مَقْصُودَانِ بِالهِجْرَانِ فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا فَيَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بِعَيْنِهِ كَمَا فِي الإِشَارَةِ، وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ

لا يكلم صديق فلان فعادى صديقه واتخذ صديقـًا آخر، فإن كلم الأول يحنث في يمينه وإن كلم الثانِي لا يحنث في يمينه اعتبارًا للنسبة وقت اليمين.

ووجه الفرق فيه هو أن الحامل على اليمين في الفصل الأول معنى في مالك هذه الأشياء لا لمعنى في هذه الأشياء؛ لأن هذه الأشياء ممَّا لا تعادى عادةً لمعنى فيها، وفي الفصل الثانِي الحامل على اليمين معنى في هؤلاء؛ لأن كل واحد من هؤلاء ممَّا يهجر ويعادى عادةً لمعنى فيهم، فإن الأذى متصوَّر منهم فكانت النسبة للتعريف لا للتقييد بِها.

فإن قيل: يشكل على هذا الفرق ما إذا حلفَ لا يكلم عبد فلان فباع عبده واشترى عبدًا آخر، إن كلم الحالف العبدَ الأول لا يحنث في يمينه، وإن كلم العبد الثانِي يحنث في يمينه مع أن العبد ممَّن يقصد هجرانه لعينه؛ لأنه آدمي ويتصور منه الأذى كما في الزوجة والصديق.

قلنا: ذكر ابن سماعة في نوادره أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه في العبد يحنث لهذا، ووجه ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقطة المنزلة عند الأحرار، فالظاهر أنه إذا كان الأذى منه لا يقصد هجرانه باليمين، ولا يجعل له هذه المنزلة ولكن إنما يحلف إذا كان الأذى من مالكه، كذا في «المبسوط»، و«الذَّخيرة».

قوله: فَلَا يُشْتَرَطُ دَوَامُهَا، أي: دوام إضافة المرأة إلى الزوج، وإضافة العبد إلى المولى ليس بشرط للحنث، بل يحنث بعد زوال الزوجية، وبعد بيع العبد، وبعد زوال الصداقة.

قوله: فَيَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بِعَيْنِهِ كَمَا فِي الإِشَارَةِ، بأن قال: لا أكلم عبد فلان هذا، أو لا أكلم زوجة فلان هذه، يحنث إذا وجد الشرط بعد زوال ملك العبد والزوجية.

قوله: وَوَجْهُ مَا ذُكِرَ هَاهُنَا، وهو عدم الحنث في العبد والزوجة والصديق إذا وجد الشرط بعد زوال الزوجية.

غَرَضُهُ هِجْرَانَهُ لِأَجْلِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ وَلِهَذَا لَمْ يُعَيِّنْهُ فَلَا يَحْنَثُ بَعْدَ زَوَالِ الْإِضَافَةِ بِالشَّكِّ (وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ عَلَى عَبْدٍ بِعَيْنِهِ بِأَنْ قَالَ عَبْدُ فُلَانٍ هَذَا أَوِ امْرَأَةُ فُلَانٍ بِعَيْنِهَا أَوْ صَدِيقُ فُلَانٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يَحْنَثْ فِي العَبْدِ وَحَنِثَ فِي المَرْأَةِ وَالصَّدِيقِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَحْنَثُ فِي العَبْدِ أَيْضًا) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ (وَإِنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ هَذِهِ فَبَاعَهَا ثُمَّ دَخَلَهَا فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ) وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ أَنَّ الإِضَافَةَ لِلتَّعْرِيفِ وَالإِشَارَةُ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ لِكَوْنِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ،

قوله: وَإِنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ هَذِهِ، إلى آخره، وعن محمد رحمه الله: لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدُّور المشهورة بأربابها، فباعها مالكها ثم دخل حنثَ؛ لأن الإضافة لأجل النسبة لا لأجل الملك، وكذا لا يأكل من طعام فلان وفلان يبيعُ الطعام فاشترى منه فأكل يحنث.

وفي «الكفاية»: عن أسد: لا يتزوج بنت فلان، وليست له بنت فولدت له فتزوجها لا يحنث إجماعًا؛ لأن قوله ابنة فلان يقتضي ابنة موجودة في الحال، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

قوله: فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، أي: لا يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ويحنث في قول محمد وزفر رحمهما الله.

ثم هذا الاختلاف في يمينه هذه فيما إذا لم يكن له نية في دوام الإضافة وعدمها، وأمَّا إذا نوى في أنه لا يدخلها وإن زالت الإضافة فله ما نوى؛ لأنه شدَّد الأمر على نفسه بنيته، وكذلك عند محمد رحمه الله لو نوى أن لا يدخلها ما دامت لفلان فله ما نوى؛ لأن المنوي من محتملات لفظه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالإِشَارَةُ أَبْلَغُ مِنْهَا فِيهِ، أي: من الإضافة في التعريف.

قوله: لِكَوْنِهَا قَاطِعَةً لِلشَّرِكَةِ؛ لأن في الإشارة لا يشاركه فيها غيره، وأمَّا الإضافة فيشاركه فيها غيره؛ لأنه يحتمل أن يكون لذلك الفلان عبيدٌ ودورٌ أخر.

بِخِلَافِ الإِضَافَةِ فَاعْتُبِرَتِ الإِشَارَةُ وَلُغِيَتِ الإِضَافَةُ وَصَارَ كَالصَّدِيقِ وَالمَرْأَةِ، وَلَهُمَا أَنَّ الدَّاعِي إِلَى اليَمِينِ مَعْنًى فِي المُضَافِ إِلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ الأَعْيَانَ لَا تُهْجَرُ وَلَا تُعَادَى لِذَوَاتِهَا، وَكَذَا العَبْدُ لِسُقُوطِ مَنْزِلَتِهِ بَلْ لِمَعْنًى فِي مُلَّاكِهَا فَتَتَقَيَّدُ اليَمِينُ بِحَالِ قِيَامِ المِلْكِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسْبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهُ يُعَادَى لِذَاتِهِ فَكَانَتِ الإِضَافَةُ لِلتَّعْرِيفِ وَالدَّاعِي لِمَعْنًى فِي المُضَافِ إِلَيْهِ غَيْرُ ظَاهِرٍ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قوله: لِأَنَّ هَذِهِ الأَعْيَانَ، وهي الدابة والعبد والدار، فإن قيل: يحتمل أن يكون الهجران باعتبار ذات الدار والدابة على ما قيل: «الشوم في الثلاث: في الدار والمرأة والفرس».

قلنا: ذاك احتمال لم يقترن به العرف والعادة؛ لما أن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى عادةً لذواتها، وما قلناه وهو هجران هذه الأعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعُرف فكان أَوْلَى.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتِ الإِضَافَةُ إِضَافَةَ نِسْبَةٍ كَالصَّدِيقِ وَالمَرْأَةِ، أي: وقد انضمت الإشارة مع الإضافة، فحينئذ يحنث بالاتفاق إذا تكلم صديق فلان وإن كان بعد المعاداة، وزوجه فلان وإن كان بعد المفارقة، وأمَّا إذا تجرَّدت الإضافة عن الإشارة فهي المسألة الأولى، فوجد الشرط بعد زوال الصداقة والزوجية لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على رواية «الجامع الصغير»، وقد ذكر فكان الحنث بالكلام بعد زوال الصداقة والزوجية في صورة انعقاد اليمين عند انضمام الإشارة مع الإضافة قولهم جميعًا.

ووجه ذلك أن الحر يهجر لعينه وقد يهجر لغيره، فإذا جمع بين الإضافة والإشارة تعيَّن الهجران لعينه؛ إذ لو كان الهجران لغيره لاقتصر على الإضافة، فكان المقصود من الإضافة ما هو المقصود من الإشارة، وهو إظهار الغيظ من جهة المشار إليه لا من جهة المضاف إليه، وإذا اتحد المقصود اعتبرت الإشارة دون الإضافة؛ لأن الإشارة أقوى على ما قلنا بخلاف المملوك، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان رحمه الله.

قَالَ: (وَإِنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيْلَسَانِ فَبَاعَهُ ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ)؛ لِأَنَّ هَذِهِ الإِضَافَةَ لا تَحْتَمِلُ إِلَّا التَّعْرِيفَ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لا يُعَادَى لِمَعْنًى فِي الطَّيْلَسَانِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ (وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ هَذَا الشَّابَّ فَكَلَّمَهُ وَقَدْ صَارَ شَيْخًا حَنِثَ) لِأَنَّ الحُكْمَ تَعَلَّقَ بِالمُشَارِ إِلَيْهِ إِذِ الصِّفَةُ فِي الحَاضِرِ لَغْوٌ، وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ عَلَى مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا أَشَارَ إِلَيْهِ، أي: إلى الصاحب في **قوله:** لا يُكَلِّمُ صَاحِبَ هَذَا الطَّيْلَسَانِ، بأن قال: لا تكلم صاحب هذه الطيلسان هذا، فإنه يحنث هناك إذا وجد الشرط بلا خلاف فكذا هنا.

ثم الطيلسان هو تعريب تالشان، وجمعه طيالسة والهاء في الجمع للعجمة؛ لأنه فارسي معرَّب وهو من لباس العجم مدوَّر أسود، ومنه قولهم في الشتم: يا ابن الطيلسان، يراد أنك عجمي، وفي «جمع التفاريق»: الطيالسة لحمتها وسداها صوف، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: وَهَذِهِ الصِّفَةُ لَيْسَتْ بِدَاعِيَةٍ إِلَى اليَمِينِ، هذا جواب عن سؤال يرد على ما ذكر قبله، وهو أنه لما قال: إذ الصفة في الحاضر لغو، وردَ عليه ما إذا حلف بقوله: لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرًا، فإنه لا يحنث مع أن هذا الأصل موجود هناك، وهو أن الصفة في الحاضر لغوٌ، فأجاب عنه بهذا، وهذا الجواب هو الفرق بين تلك الصورة وبين قوله: لا يكلم هذا الشاب، وهو أنه إذا ذكر في اليمين من الصفة ما يصلح داعيًا إلى اليمين تتقيد يمينه بتلك الصفة، فسواء كانت تلك الصفة في الحاضر أو في الغائب كما في مسألة الرطب والبسر، فإن من الناس من يضره الرطوبة أو الحموضة فيتقيَّد لذلك يمينه برطوبة الرطب وحموضة البسر، وإن ذكرنا في الحاضر، بخلاف قوله: لا تأكل لحم هذا الحمل، ولا تكلم هذا الشاب إلى آخره، وقد مرَّ ذكره، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ)

قَالَ: (وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوِ الحِينَ أَوِ الزَّمَانَ فَهُوَ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ)؛ لِأَنَّ الحِينَ قَدْ يُرَادُ بِهِ الزَّمَانُ القَلِيلُ وَقَدْ يُرَادُ بِهِ أَرْبَعُونَ سَنَةً، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] وَقَدْ يُرَادُ بِهِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، قَالَ اللهُ تَعَالَى

فصلٌ

ذكر الفصل ولم يذكر الباب؛ لما أن الفصل يدل على التبعية بعد دخوله مع ما قبله في الجنسية وهذا كذلك؛ لما أنَّ مسائل هذا الفصل في الكلام أيضًا كما قبله، إلا أن ما قبله في أيمان تتعلق بالأعيان وهذا في الأزمان، والأعيان قبل الأزمان؛ لما أن الأزمان تعرف بالأعيان، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ﴾ [البقرة: ١٨٩]، فلذلك أخر الأزمان عن الأعيان.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ فُلَانًا حِينًا أَوْ زَمَانًا أَوِ الحِينَ أَوِ الزَّمَانَ، يعني: ولا نية له على شيء من الوقت، ولا يتفاوت بين ذكر الحين أو الزمان معرفًا أو منكرًا في إرادة ستة أشهر؛ لأن ستة أشهر لمَّا صارت معهودة في الحين والزمان فالمعرف ينصرف إلى المعهود؛ لأن الحين قد يذكر ويُراد به الزمان القليل، قال الله تعالى: ﴿حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ۝١٧﴾ [الروم: ١٧]، والمراد به وقت الصلاة، قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥]، إنه ستة أشهر من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمر، فعند الإطلاق يحمل على الوسط، من ذلك: «فإن خير الأمور أوساطها»؛ ولأنا نعلم أنه لم يرد الساعة، فإنه إذا قصد المماطلة ساعةً واحدةً لا يحلف على ذلك، كذا في «المبسوط».

﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥] وَهَذَا هُوَ الوَسَطُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ اليَسِيرَ لا يُقْصَدُ بِالمَنْعِ لِوُجُودِ الامْتِنَاعِ فِيهِ عَادَةً، وَالمُؤَبَّدُ لا يُقْصَدُ غَالِبًا لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَبَدِ، وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ فَيَتَعَيَّنُ مَا ذَكَرْنَا، وَكَذَا الزَّمَانُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ الحِينِ، يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حِينٍ وَمُنْذُ زَمَانٍ بِمَعْنًى، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، أَمَّا إِذَا نَوَى شَيْئًا فَهُوَ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ.

(وَكَذَلِكَ الدَّهْرُ عِنْدَهُمَا، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الدَّهْرُ لا أَدْرِي مَا هُوَ)،

قوله: وَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ يَتَأَبَّدُ، أي: لو سكت عن ذكر الحين وقال: لا يكلم فلانًا يكون على الأبد، فلمَّا ذكر حينًا مع ذلك وجبَ أن يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم الذكر، وإلا لا يكون في ذكره فائدة، ثمَّ تلك الفائدة منه يجب أن لا يكون الزمان القليل لما ذكرنا، ويجب أن لا يكون الأبد؛ لأنه حينئذٍ يكون ذكره كلا ذكره، ويجبُ أن لا يكون أربعين سنة؛ لأنَّها في معنى الأبد، فإن الرجل لو أراد ذلك يقول أبدًا في المتعارف، فلمَّا لم يقل ذلك علم أنه لم يرد الأبد ولا ما في معناه، فتعيَّن ما قلنا لذلك وهو ستة أشهر.

قوله: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: الدَّهْرُ لا أَدْرِي مَا هُوَ، أي: لا أدري دهرًا المنكر كم مقداره من الزمان؟ وإنما توقف فيه أبو حنيفة رحمه الله؛ لأنه وجد استعمال الناس مختلفًا فيه، وقال: إنا وجدنا استعمال الدهر مخالفًا للحين والزمان، ألا ترى أن معرَّفه يقع على الأبد بخلاف الحين والزمان؛ لأن معرفهما ومنكرهما سواءٌ يقال: فلان دُهري، بضم الدال إذا كان معمرًا، ودَهري إذا قال بالدهر وأنكر الصانع، وقال الله تعالى حكاية عنهم: ﴿وَمَا يُهْلِكُنَآ إِلَّا ٱلدَّهْرُ﴾ [الجاثية: ٢٤]، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «لا تسبُّوا الدهر فإن الله هو الدهر»، فهذا اسم مجمل فلم يقف على مراد المتكلم عند الإطلاق، والتوقف عند تعارض الأدلة وترك الترجيح من غير دليل لا يكون إلا من كمال العلم والورع.

«رُوي أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما سُئل عن شيءٍ لا يدري فقال: لا أدري، ثم قال بعد ذلك: طوبى لابن عُمر سُئل عن شيء لا يدري فقال: لا أدري»، وقيل: إنما قال: لا أدري؛

وَهَذَا الِاخْتِلَافُ فِي الْمُنَكَّرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، أَمَّا الْمُعَرَّفُ بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الأَبَدُ عُرْفًا، لَهُمَا أَنَّ دَهْرًا يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ الحِينِ وَالزَّمَانِ يُقَالُ مَا رَأَيْتُكَ مُنْذُ حِينٍ وَمُنْذُ دَهْرٍ بِمَعْنًى وَأَبُو حَنِيفَةَ تَوَقَّفَ فِي تَقْدِيرِهِ لِأَنَّ اللُّغَاتِ لا تُدْرَكُ قِيَاسًا وَالعُرْفُ لَمْ يُعْرَفْ اسْتِمْرَارُهُ لِاخْتِلَافٍ فِي الِاسْتِعْمَالِ.

لأنه حفظ لسانه عن الكلام في معنى الدهر فقال: جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تسبُّوا الدهر، فإن الله هو الدهر» معناه: أنه خالق الدهر.

وفي حديث آخر أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال فيما يأثر عن ربه: «استقرضتُ من عبدي فأبى أن يقرضني وهو يسبني ولا يدري بسبب الدهر ويقول: وادَهْرَاه وإنما أنا الدهر»، فلظاهر هذه الآثار حفظَ لسانه وقال: لا أدري ما الدهر، وهو كما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم سُئل عن خير البقاع فقال: «لا أدري حتى أسأل جبرئيل عليه السلام، فسئل جبرئيل فقال: لا أدري حتى أسأل ربي، فصعد إلى السماء ثم نزل وقال: سألتُ ربي عن ذلك فقال: خير البقاع المساجد، وخير أهلها من يكون أول الناس دخولًا وآخرهم خروجًا»، فعرفنا أن التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان، كذا في «المبسوط»، و«الجامع الكبير» لفخر الإسلام، و«الجامع الصغير» لقاضي خان رحمهما الله.

قوله: وَهَذَا الِاخْتِلَافُ فِي الْمُنَكَّرِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وهذا احتراز عن رواية بِشر عن أبي حنيفة رحمهما الله أن المعرف والمنكر سواء في جواب التوقف.

فإن قلتَ: فقد ذكر في «الجامع الكبير»: وأجمعوا فيمن قال: إن كلمتك دهورًا، أو أزمنة، أو شهورًا، أو سنين، أو جمعًا، أو أيامًا يقع على ثلاثة من هذه المذكورات؛ لأنَّها أدنى الجمع المتفق عليه، فكان أبو حنيفة رحمه الله قائلا أيضًا في دهور منكرة بثلاثة منها، فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما، وبِهذا نطق نظم «الجامع الكبير» بقوله:

وأطبقوا بثلاث في منكرها * أن الثلاثة أدنى الجمع في العدد

فلما درى أبو حنيفة رحمه الله معنى الدهر المنكر في الجمع فكيف لم يدر معناه في المفرد؟

(وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ أَيَّامًا فَهُوَ عَلَى ثَلاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ اسْمُ جَمْعٍ ذُكِرَ مُنكَّرًا فَيَتَنَاوَلُ أَقَلَّ الجَمْعِ وَهُوَ الثَّلَاثُ، وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ الأَيَّامَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَيَّامٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَى أَيَّامِ الأُسْبُوعِ، وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ فَهُوَ عَلَى عَشَرَةِ أَشْهُرٍ

مع أن دراية معنى الاسم في المجموع موقوفة على درايته في الإفراد.

قلتُ: هذا تفريع لمسألة الدهر على قول من يعرف معنى الدهر، فكأنه قال: إن وقفَ إنسان على معنى الدهر يجبُ عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الأزمنة والشهور، فكان هذا نظير ما فرع من مسائل المزارعة مع أنه لا يرى جوازها، وكذلك قال بالعشرة إذا كان يمينه بالدهور على صيغة الجمع محلى بالألف واللام كما هو أصله في السنن والشهور، إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ الشُّهُورَ، إلى آخره، وحاصله أنه إذا حلف وقال: لا يكلمه الأيام أو الشهور أو السنين فعند أبي حنيفة رضي الله عنه تنصرف يمينه إلى العشرة ممَّا سمي من الأيام والشهور والسنين، وعندهما إلى سبعة أيام في الأيام، وإلى اثني عشر شهرًا في الشهور، وإلى العمر في السنين؛ وذلك لأن الألف واللام للمعهود فيما فيه معهود، والمعهود في الأيام السبعة التي تدور عليها الشهور والسنون كلما دارت عادت، والمعهود في الشهور اثنا عشر شهرًا، وليس في السنين معهود فيستغرق العمر، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الألف واللام للكثرة، فكأنه قال: أيامًا كثيرة، وأكثر ما يتناوله اسم الأيام مقرونًا بالعدد العشرة؛ لأنه يقال بعده: أحد عشر يومًا، وكذلك في الشهور والسنين، فتنصرف يمينه إلى العشرة مما يسمى، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: أليس لو حلف لا يتزوج النساء لا ينصرفُ إلى عشرة؟

قلنا: لقيام دلالة الإجماع أن المراد به الجنس لا معنى الجمع، فصار كاسم الإنس والماء، فانصرف إلى أقل ما يدخل تحت الاسم بالإجماع، ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله إن لم يصرف إلى العشرة فُهِمَا ما صرفا إلى الكل، بخلاف السنين والجمع، فعُلم أن معنى الجماعة ساقط من النساء بالإجماع.

عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا لِأَنَّ اللَّامَ لِلْمَعْهُودِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ يَدُورُ عَلَيْهَا، وَلَهُ أَنَّهُ جَمْعٌ مُعَرَّفٌ فَيَنْصَرِفُ إِلَى أَقْصَى مَا يُذْكَرُ بِلَفْظِ الجَمْعِ وَذَلِكَ عَشَرَةٌ. (وَكَذَا الجَوَابُ عِنْدَهُ فِي الجُمَعِ وَالسِّنِينَ) وَعِنْدَهُمَا يَنْصَرِفُ إِلَى العُمُرِ لِأَنَّهُ لَا مَعْهُودَ دُونَهُ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ إِنْ خَدَمْتَنِي أَيَّامًا كَثِيرَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَالأَيَّامُ الكَثِيرَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ عَشَرَةُ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ أَكْثَرُ مَا يَتَنَاوَلُهُ اسْمُ الأَيَّامِ، وَقَالَا: سَبْعَةُ أَيَّامٍ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَيْهَا تَكْرَارٌ، وَقِيلَ لَوْ كَانَ اليَمِينُ بِالفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى سَبْعَةِ أَيَّامٍ؛ لِأَنَّهُ

فإن قيل: ما ذكره من التعليل لا يستقيم في الشهور، فإنه لا يقال ثلاثة شهور وإنما يقال ثلاثة أشهر، قلنا: بل يقال ثلاثة شهور أيضًا كما قال الله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، كذا في «الأسرار».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: قال رضي الله عنه: وليَ في هذه المسألة إشكالات:

إحداها: أن اسم الجمع قد لا ينتهي بالعشرة، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَقَطَّعْنَٰهُمُ ٱثْنَتَيْ عَشْرَةَ أَسْبَاطًا﴾ [الأعراف: ١٦٠]، ولم يقل سبطًا.

والثانية: أن اسم الجمع إنما ينتهي بالعشرة إذا كان مقرونًا بالعدد كما في عشرة أيام، وأمَّا إذا لم يكن مقرونًا به فلا، ألا ترى إلى قوله تعالى:﴿وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [آل عمران: ١٤٠]، ولا يراد بها العشرة قصرًا عليها إجماعًا.

والثالثة: أجمعنا على أنه لو قال: لا نشتري العبيد أولا نتزوج النساء لا ينصرف إلى العشرة، وإنما ينصرف إلى الواحد، وكذلك المساكين ينصرف إلى ستة في قوله: لله عليَّ أن أتصدق على المساكين.

ثم قال: وجواب هذه الإشكالات يأتِي في «الجامع» إن شاء الله تعالى.

قوله: وَقِيلَ لَوْ كَانَ اليَمِينُ بِالفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى سَبْعَةٍ؛ لِأَنَّهُ يُذْكَرُ فِيهَا - أي: في الفارسية - **بِلَفْظِ الفَرْدِ دُونَ الجَمْعِ**، بيان هذا فيما ذكره الإمام صدر الإسلام أبو اليسر رحمه

يُذْكَرُ فِيهَا بِلَفْظِ الفَرْدِ دُونَ الجَمْعِ.

الله في «الجامع الصغير» فقال بعد ذكر الاختلاف المذكور كما هو:

وهذا الاختلاف بلسانِهم، أمَّا بلساننا فلا يجيء بل ينصرف إلى أيام الجمعة وهي سبعة أيام بلا خلاف، حتى لو قال لعبده: (اگر خدمتی کنی مرا روزهای بسیار تو آزادی)، إذا خدم سبعة أيام ينبغي أن يعتق؛ لأن في لساننا يستعمل في جميع الأعداد لفظة (روز) فلا يجيء ما قال أبو حنيفة رضي الله عنه في العربية من انتهاء لفظ الجمع إلى العشرة، فلذلك أريد في العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الأيام؛ لأن بعد ذلك لا يقال: أيام، بل يقال: أحد عشر يوماً، ومائة يوم، وألف يوم، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اليَمِينِ فِي العِتْقِ وَالطَّلَاقِ)

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا طَلُقَتْ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لِأَمَتِهِ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ) لِأَنَّ المَوْجُودَ مَوْلُودٌ فَيَكُونُ وَلَدًا حَقِيقَةً وَيُسَمَّى بِهِ فِي العُرْفِ، وَيُعْتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرْعِ حَتَّى تَنْقَضِيَ بِهِ العِدَّةُ، وَالدَّمُ بَعْدَهُ نِفَاسٌ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ فَتَحَقَّقَ الشَّرْطُ وَهُوَ وِلَادَةُ الوَلَدِ (وَلَوْ قَالَ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ثُمَّ آخَرَ حَيًّا عَتَقَ الحَيُّ وَحْدَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ المَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَتَنْحَلُّ اليَمِينُ لَا إِلَى جَزَاءٍ؛

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره؛ لأن الطلاق والعتاق أكثر ما يحلف بهما، فكان معرفة أحكام ما هو أكثر وقوعًا أهم من غيره.

قوله: وَيُعْتَبَرُ وَلَدًا فِي الشَّرْعِ، إلى آخره، ويبعث يوم القيامة ويُرجى شفاعته، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن السقط ليقوم مُحْبَنْطِيًا على باب الجنة فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبوايَ»، وقوله: مُحْبَنْطِيًا، أي: منتفخًا من الغضب والضجر، وقد رُوي مهموزًا وهو من: احبنطيت من حبطَ إذا انتفخ بطنه، كاسلنقيت من سلقه إذا ألقاه على ظهره.

قوله: وَقَالَا: لَا يُعْتَقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ بِوِلَادَةِ المَيِّتِ عَلَى مَا بَيَّنَّا فَتَنْحَلُّ اليَمِينُ؛ وذلك لأن الشرط في اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت، وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء، أي: تنحل اليمين وإن لم ينزل الجزاء، ألا ترى أنه لو قال

لِأَنَّ المَيِّتَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْحُرِّيَّةِ وَهِيَ الجَزَاءُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مُطْلَقَ اسْمِ الوَلَدِ مُقَيَّدٌ بِوَصْفِ الحَيَاةِ لِأَنَّهُ قَصَدَ إِثْبَاتَ الحُرِّيَّةِ جَزَاءً وَهِيَ قُوَّةٌ حُكْمِيَّةٌ تَظْهَرُ فِي دَفْعِ تَسَلُّطِ الغَيْرِ وَلا تَثْبُتُ فِي المَيِّتِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ الحَيَاةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِذَا وَلَدْتِ وَلَدًا حَيًّا، بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ لِأَنَّهُ لا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا.

لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار بعدما أبانَها وانقضت عدتها، تنحل اليمين لا إلى جزاء؛ لأن الطلاق معلَّق بمطلق الدخول وقد وجد، وصار هذا كما إذا كان المعلق به عتق عبد آخر.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط انحلال اليمين ولادة ولد حيٍّ نظرًا إلى وصفه إيَّاه بالحرية، وبه فارق ما ذكرا من النظائر؛ لأن الجزاء هنالك ليس وصفًا للشرط.

وفي «الإيضاح»: لو قال أول عبد يدخل عليَّ فهو حرٌّ، فأدخل عليه عبد ميت ثم حيٌّ عتق الحي، ولم يذكر خلافًا والصحيح أنه بالاتفاق؛ لأن اسم العبودية بعد الموت لا يبقى في التحقيق؛ لأن الرق يبطل بالموت، ولو قال: أوَّل عبد أملكه حرٌّ فاشترى عبدًا ونصفًا معًا عتق التام، ولو قال: أول كرٍّ أملكه هديٌ فملك كرًّا ونصفًا لم يهد شيئًا؛ لأن النصف يزاحم كل نصف من الكرِّ؛ لأنه مع كل نصف منه كر، بخلاف نصف العبد فإنه متصل بالنصف الآخر، فكمل العبد بنصفيه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، والمرغيناني رحمهما الله.

قوله: بِخِلَافِ جَزَاءِ الطَّلَاقِ وَحُرِّيَّةِ الأُمِّ، بأن قال: إن ولدت فأنت طالق، أو قال لأمته: إن ولدت فأنت حرة، فقوله: أنت طالق وأنت حرة لا يصلح أن يكون مقيدًا بكون الولد حيًّا؛ لأن الشرط إذا كان لتحقيق الجزاء في غيره يشترط وجوده فقط، ألا ترى أنه لو قال: إن هبت الريح فأنت طالق تطلق بهبوب الريح، ولا يتصور الحياة في الريح، وأمَّا الشرط إذا كان لتحقيق الجزاء في نفسه يجبُ أن يكون هو صالحًا لذلك الجزاء.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»: فكان تقدير كلامه هاهنا: إذا ولدت ولدًا حيًّا؛ لأنه جازاه بالحرية ولا يجازي به إلا الحي، فكانت صفة الحياة

(وَإِذَا قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا عَتَقَ) لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْمٌ لِفَرْدٍ سَابِقٍ (فَإِنِ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَعًا ثُمَّ آخَرَ لَمْ يُعْتَقْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ) لِانْعِدَامِ التَّفَرُّدِ فِي الْأَوَّلَيْنِ وَالسَّبْقِ فِي الثَّالِثِ فَانْعَدَمَتِ الْأَوَّلِيَّةُ (وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّالِثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّفَرُّدُ فِي حَالَةِ الشِّرَاءِ لِأَنَّ وَحْدَهُ لِلْحَالِ لُغَةً وَالثَّالِثُ

فيه ثابتة بمقتضى كلامه، فينزل ذلك بمنزلة الملفوظ؛ وهذا لأن كلام العاقل محمول على الصحة والفائدة، وذلك لا يتحقق بدون إضمار الحياة في كلامه، ألا ترى أنه لو قال: إذا ولدت ولدًا ميتًا فهو حرٌّ كان ذلك لغوًا منه، بخلاف ما تقدم فإنه لا حاجة إلى إضمار الحياة هناك، ألا ترى أنه لو صرح بالولد الميت كان التعليق صحيحًا.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو قال: إذا اشتريتُ عبدًا فهو حرٌّ فاشترى عبدًا لغيره، انحلت يمينه حتى إذا اشترى بعد ذلك عبدًا لنفسه لم يعتق، مع أنه جعل اشتراء العبد شرطًا لحرية ذلك العبد المشترى، فلم يقتض ذلك إضمار أن يكون الاشتراء لنفسه حتى يصلح هو لتحقيق ذلك الجزاء الذي علقه بالاشتراء وهو الحرية، فإنه كما يشترط للحرية الحياة فكذلك يشترط لها الملك.

قلتُ: الفرق بينهما ثابت وهو أن الإضمار لتصحيح الكلام، ولا حاجة هاهنا إلى إضمار الملك حسب حاجته إلى إضمار الحياة؛ لما أن المشتري لغيره محل لإيجاب العتق له، وإن كان يتوقف نفوذه على إجازة المالك، والإضمار لتصحيح الكلام لا لنزول الجزاء، فلم يضمر الملك لصحة الجزاء بدونه، بخلاف الحياة فإن تحريرًا مًا لا يتصور بدون الحياة، لا بطريق التوقف ولا بطريق النفوذ، فوجبَ إضمارها لتصحيح الكلام لا محالة، إلى هذا أشار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: وَإِنْ قَالَ أَوَّلُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ عَتَقَ الثَّالِثُ، فإن قلتَ: ما الفرق بين قوله وحده وبين قوله واحدًا حيث لا يعتق الثالث في قوله: أول عبد ملكه واحدًا فهو حرٌّ، ويعتق الثالث في قوله وحده مع أن معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة.

قلتُ: لا نسلم كون التفرد فيهما على طريقة واحدة، فإن قوله: وحده يقتضي الانفراد

سَابِقٌ فِي هَذَا الوَصْفِ (وَإِنْ قَالَ آخِرُ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ لَمْ يُعْتَقْ) لِأَنَّ الآخَرَ اسْمٌ لِفَرْدٍ لاحِقٍ وَلا سَابِقَ لَهُ فَلا يَكُونُ لاحِقًا.

(وَلَوِ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ الآخَرُ) لِأَنَّهُ فَرْدٌ لاحِقٌ فَاتَّصَفَ بِالآخِرِيَّةِ

في الفعل المقرون به، وقوله: واحدًا يقتضي الانفراد في الدار، وعن هذا وقعَ الفرق بينهما بالصدق والكذب في قول القائل: في الدار رجل واحدٌ، وقوله: في الدار رجل وحده، فإن في قوله: في الدار رجل واحدٌ، لو كان معه امرأة أو صبي كان المتكلم صادقـًا، وفي قوله: في الدار رجل وحده، لو كان معه صبي أو امرأة كان كاذبًا، وكذلك لو قال ما في الدار رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبـًا، ولو قال: ما فيها رجل وحده، وفيها رجلان كان صادقًا.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الكبير»: إن قوله: وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به دون الذات، فلذلك وقع الفرق بالصدق والكذب فيما أريناك من النظير؛ لأن قوله: وحده يقتضي نفي المشاركة في الفعل وهو الكينونة في الدار، وقوله: واحدًا، يقتضي نفي المشاركة في الذات.

وإذا ثبتَ هذا فنقول: ففي قوله: واحدًا أضافَ العتق إلى أول عبد مطلق، فيراعي الأولية في الذات، وذلك بالسبق والانفراد ولم يوجد، وفي قوله: وحده أضاف العتق إلى أول عبد لا يشارك غيره في التملك والثالث بِهذه الصفة، وحقيقة المعنى ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «الجامع الكبير» وقال: فإن قوله وحده ليس بصفة للعبد، ولكنه بيان للحال وهو أن يكون دخوله في ملكه وحده، وقد تحقق هذا في العبد الثالث فيعتق كمن يقول: أول عبد أملكه شراءً فهو حرٌّ، فوهبَ له عبدان ثم اشترى ثالثًا عتق هذا الثالث، وهذا ينزع إلى مسألة قالها النحويون وهي: أن من حق الحال أن تكون نكرة، وقوله: وحده في قوله: مررتُ به وحده وقع حالًا وإن كان معرفة صورة لإضافته إلى الضمير؛ لما أنه قامَ مقام النكرة، فإن معنى قوله: مررتُ به وحده مررتُ به بحد وحده، فقوله: بحد جملة في موضع الحال، وقوله: وحده قائم مقامه فأخذ حكمه في التنكير، فيرجع معناه إلى قوله: منفردًا في وقت المرور، فكذلك هاهنا معناه منفردًا وقت التملك.

(وَيُعْتَقُ يَوْمَ اشْتَرَاهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ حَتَّى يَعْتَبَرَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، وَقَالَا: يُعْتَقُ يَوْمَ مَاتَ) حَتَّى يُعْتَبَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِأَنَّ الآخِرِيَّةَ لا تَثْبُتُ إِلَّا بِعَدَمِ شِرَاءِ غَيْرِهِ بَعْدَهُ وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالمَوْتِ فَكَانَ الشَّرْطُ مُتَحَقِّقًا عِنْدَ المَوْتِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ المَوْتَ مُعَرِّفٌ فَأَمَّا اتِّصَافُهُ بِالآخِرِيَّةِ فَمِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ فَيَثْبُتُ مُسْتَنِدًا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي جَرَيَانِ الإِرْثِ وَعَدَمِهِ.

فقوله: وحده بيان هيئة المفعول، كما في قوله: مررتُ به وحده والثالث بهذه الصفة فيعتق، بخلاف قوله: واحدًا فإنه صفة للعبد فيقال: عبد واحد، وهذا الإفراد ثابت بقوله: أول عبدٍ، فهذا لا يفيد إلا ما أفاده لفظ الأول.

قوله: يَعْتَبَرَ مِنْ جَمِيعِ المَالِ، أي: إذا كان الشراء وقت الصحة، وعندهما يعتبر من الثلث على كل حال، فكان الشرط وهو عدم شراء غيره متحققاً عند الموت، فصار كأنه صرح بذلك وقال للعبد الثاني: إن لم أشتر عليك عبدًا فأنت حر؛ إذ لا فرق بينهما في المعنى، فإن صفة الآخرية إنما يتحقق فيه إذا لم يشتر غيره، فصار كأنه صرح بذلك وثمة يعتق مقصورًا على الموت بالاتفاق، فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه.

وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذه الصورة وبين مسألة الكتاب فقال: ففي تلك الصورة جعل شرط العتق عدم الشراء منه في عمره، وذلك لا يتحقق منه إلا بموته، وهاهنا جعل الشرط شراء عبدٍ هو آخر العبيد شراءً وقد وجد ذلك كما لو اشتراه؛ وهذ لأنه لمَّا اشترى الثاني بعد الأول يثبت صفة الآخرية فيه، ولكن هذا الوصف يعرض أن يزول عنه بشراء غيره، فلا نحكم بعتقه ما لم نستيقن، وإذا ماتَ ولم يشتر غير الثاني لم يبطل صفة الأخرية منه فيعتق من ذلك الوقت، كما لو قال لأمته: إذا حضتِ فأنت حرة فرأت الدم لا يعتق؛ لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام، فإن استمرَّ بِها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت الدم؛ لأنه تبين أن ما رأته كان حيضًا حين رأت الدم، إلى هذا أشار الإمام السرخسي رحمه الله.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ تَعْلِيقُ الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ بِهِ، وَفَائِدَتُهُ تَظْهَرُ فِي جَرَيَانِ الإِرْثِ

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ عَبْدٍ بَشَّرَنِي بِوِلَادَةِ فُلَانَةَ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ ثَلَاثَةٌ مُتَفَرِّقِينَ عَتَقَ الأَوَّلُ) لِأَنَّ البِشَارَةَ اسْمٌ لِخَبَرٍ يُغَيِّرُ بَشَرَةَ الوَجْهِ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالعُرْفِ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنَ الأَوَّلِ (وَإِنْ بَشَّرُوهُ مَعًا عَتَقُوا) لِأَنَّهَا تَحَقَّقَتْ مِنَ الكُلِّ (وَلَوْ قَالَ إِنِ

وَعَدَمِهِ، فإنه إذا قال آخر: امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا فتزوَّج امرأة ثم امرأة ثم ماتَ عندهما يقع الطلاق مقصورًا على الموت حتى يستحق الميراث، وعند أبي حنيفة رحمه الله يقع مستندًا إلى وقت التزوج فلا يستحق، فإنه لمَّا كان وقوع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله من وقت التزوج وقد دخلَ بها كان لها المهر ونصف المهر، وعدتها بالحيض بلا حداد، ولا ترث منه، وعندهما تطلق في آخر حياته ولها مهر واحد، وعليها عدة الطلاق والوفاة، وترث منه، وإن كان الطلاق رجعيًّا فعليها عدة الوفاة.

ولو قال: آخر امرأة أتزوجها طالق، فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوجها ثم ماتَ لم تطلق وطلقت التي تزوجها مرَّة؛ لأن التي أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أوَّلًا، فلا تتصف بكونِها آخرًا، كقوله: آخر عبد أضربه حرٌّ، فضرب عبدًا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثمَّ ماتَ عتق الذي ضربه مرَّة، كذا ذكره الإمام قاضي خان، والإمام التمرتاشي.

وتقييد الثلاث جاز أن يكون لبيان الطلاق البائن، فإن في الطلاق البائن يكون الزوج فارًّا عندهما، فترث المرأة.

قوله: وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ سَارًّا بِالعُرْفِ، وإنما قيَّد بالعرف؛ لأن البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه؛ سُمِّيت بذلك لأنه يتغيَّر بها بَشَرة الوجه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٢١﴾﴾ [آل عمران: ٢١]، ولكن الأول وهو كونه اسمًا لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه تعين عرفًا، وهو لا يتكرر فهو على هذا التفسير وجد من الأول دون الثاني، بخلاف الخبر فإنه لا يشترط فيه أن يكون المخبر به عالمًا.

وأصله ما رُوي أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم مرَّ بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال: «من أحبَّ أن يقرأ القرآن غضًّا طريًّا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد» فابتدر إليه أبوبكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة، فسبق أبوبكرُ عمرَ بها، فكان ابن مسعود رضي الله

اشْتَرَيْتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ يَنْوِي بِهِ كَفَّارَةَ يَمِينِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَانُ النِّيَّةِ بِعِلَّةِ العِتْقِ وَهِيَ اليَمِينُ، فَأَمَّا الشِّرَاءُ فَشَرْطُهُ (وَإِنِ اشْتَرَى أَبَاهُ يَنْوِي عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِهِ أَجْزَأَهُ عِنْدَنَا) خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لَهُمَا أَنَّ الشِّرَاءَ شَرْطُ العِتْقِ، فَأَمَّا العِلَّةُ فَهِيَ القَرَابَةُ وَهَذَا لِأَنَّ الشِّرَاءَ إِثْبَاتُ المِلْكِ وَالإِعْتَاقُ إِزَالَتُهُ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، وَلَنَا أَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ

عنه يقول متى ذكر ذلك: «بشرني أبوبكرُ وأخبرني عمرُ»، كذا في «الفوائد الظهيرية».

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ قِرَانُ النِّيَّةِ، أي: شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين، فلم يوجد نية التكفير وقت يمينه؛ لأن الكلام فيه، فأمَّا الملك عند الشراء شرط العتق، ولا أثر له في استحقاق ذلك العتق فيكون مُعْتقًا بيمينه، ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز، كذا في «المبسوط».

قوله: خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، فأمَّا العلة هي القرابة؛ لأن العتق في القريب بطريق الصلة، والقرابة هي العلة للصلات كما في النفقة والتزاور، وحُجَّتنا في ذلك ظاهر الآية، ففيها أمر بالتحرير وهو تصيير شخص مرقوق حرًّا، كالتسويد تصيير المحل أسود وقد وجد ذلك؛ وهذا لِأَنَّ شِرَاءَ القَرِيبِ إِعْتَاقٌ، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ» الحديث.

وسمَّاه بالشراء مجازيًا وإنما يكون مجازيًا بالإعتاق، والدليل عليه أنه لو اشترى نصف قريبه يضمن لشريكه إن كان موسرًا، والضمان الذي يختلف باليسار والإعسار لا يكون إلا عن إعتاق؛ ولأن العتق صلة وللملك تأثير في استحقاق الصلة شرعًا، حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء، كما للقرابة تأثير في استحقاق الصلة، فكان كل واحدٍ من الوصفين لكونه مؤثرًا علة، ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجودًا؛ لأن تمام العلة به، وآخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقًا، ولهذا لو ادَّعى أحد الشريكين بسبب نصيبه يضمن لشريكه؛ لأن آخر الوصفين وجودًا القرابة هاهنا فيصير به

يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ» جَعَلَ نَفْسَ الشِّرَاءِ إِعْتَاقًا لِأَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ غَيْرُهُ وَصَارَ نَظِيرُ قَوْلِهِ سَقَاهُ فَأَرْوَاهُ.

(وَلَوِ اشْتَرَى أُمَّ وَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهُ) وَمَعْنَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ لِأَمَةٍ قَدِ اسْتَوْلَدَهَا بِالنِّكَاحِ: إِنِ اشْتَرَيْتُكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي ثُمَّ اشْتَرَاهَا فَإِنَّهَا تُعْتَقُ لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَلا يَجْزِيهِ عَنِ الكَفَّارَةِ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالِاسْتِيلَادِ فَلَا تَنْضَافُ إِلَى اليَمِينِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِقِنَّةٍ إِنْ اشْتَرَيْتُكِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ عَنْ كَفَّارَةِ يَمِينِي حَيْثُ يَجْزِيه عَنْهَا إِذَا اشْتَرَاهَا لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِجِهَةٍ أُخْرَى فَلَمْ تَخْتَلَّ الإِضَافَةُ إِلَى اليَمِينِ وَقَدْ قَارَنَتْهُ النِّيَّةُ.

معتقًا، ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني فإنه لا يحال بالإتلاف عليها وإن تمَّت الحجة بها؛ لأن الشهادة لا توجب شيئًا بدون القضاء، والقضاء يكون بهما جميعًا.

وبهذا يتبين فساد قولهم: أن العتق مستحق بالقرابة؛ لأن الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة، ولا معنى لقولهم: إن في هذا صرف منفعة الكفارة إلى أبيه؛ لأنه لمَّا جاز صرف هذه المنفعة إلى عبده بخلاف الإطعام والكسوة، فصرفه إلى أبيه أوْلَى.

وكذلك إن وهبَ له، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به وهو ينوي عن كفارته فهو على الخلاف الذي قلنا؛ لأن الملك بهذه الأسباب يحصل بصنعه وهو القبول، فأمَّا إذا ورثَ أباه ينوي به الكفارة لا يجزيه؛ لأن الميراث يدخل في ملكه من غير صنعه، وبدون الصنع لا يصير محررًا، والتكفير إنَّما يتأدى بالتحرير، ولهذا لا يضمن لشريكه إذا ورث نصف قريبه، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ حُرِّيَّتَهَا مُسْتَحَقَّةٌ بِالِاسْتِيلَادِ، في هذا جوابٌ لسؤال من سأل وهو أن يقال: ما الفرق بين شراء القريب وبين شراء أم الولد، مع أن الشراء في الفصلين جميعًا مسبوق بما يوجب العتق من وجه، أمَّا في شراء القريب؛ فلأن القرابة سابقة عليه وهي جهة في العتق،

(وَمَنْ قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ) فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقَتْ لِأَنَّ اليَمِينَ انْعَقَدَتْ فِي حَقِّهَا لِمُصَادَفَتِهَا المِلْكَ وَهَذَا لِأَنَّ الجَارِيَةَ مُنَكَّرَةٌ فِي هَذَا الشَّرْطِ فَتَتَنَاوَلُ كُلَّ جَارِيَةٍ عَلَى الِانْفِرَادِ (وَإِنِ اشْتَرَى جَارِيَةً فَتَسَرَّاهَا لَمْ تُعْتَقْ)

وكذلك الاستيلاد سابق على الشراء أيضًا وقد جاز التكفير في أحد هذين وهو شراء القريب، دون الآخر وهو شراء أم الولد مع مساواتِهما في علة عدم الجواز، فأجاب عنه بهذا، وتحقيق الفرق هو أن الاستيلاد ينزل منزلة الإعتاق؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أعتقها ولدها» لكنه موقوف على الملك، فصار كما لو قال: إن اشتريتُكَ فأنت حر، ثم اشتراه ناويًا عن كفارة يمينه لا يجوز وقد ذكرناه، ولا كذلك القرابة فإنَّها ليست بإعتاق، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَمَنْ قَالَ إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ، اعلم أن للتسري معنًى لغويًا ومعنًى شرعيًا:

أمَّا اللغة: فإن التسري مأخوذ من السرية واحدة السراري، وهي الأمة التي بوَّأتها بيتًا، وهي فعليَّة منسوبة إلى السرِّ وهوالجماع أو الإخفاء؛ لأن الإنسان يسرّه، وإنما ضُمَّت سينه؛ لأن الأبنية قد تغير في النسبة خاصة، كما قالوا في النسبة إلى الدهر دُهري، وإلى الأرض السهلة سُهلي، وكان الأخفش يقول: إنَّها مشتقة من السرور؛ لأنه يسرُّ بها، يقال: تسررتُ جارية وتسريتُ أيضًا، كما قالوا: تظننتُ وتظنيتُ بقلب إحدى النونات ياءً، وقيل: التسرية مأخوذة من السُّري وهو السيد؛ لأنه إذا اتخذها سريَّة فقد جعلها سيدة الجواري، كذا في «الصحاح»، و«الفوائد الظهيريَّة».

وأمَّا معناه شرعًا: فإن التسري عبارة عن التحصين والجماع، طلب الولد أو لم يطلب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا بدَّ من طلب الولد مع ذلك، حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريًا عنده، ولمَّا ثبتَ هذا قلنا: إن التسري على هذا التفسير كما يكون بملك اليمين يكون بملك النكاح، فكان من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذاكرًا ملك اليمين، كما لو قال لجارية الغير: إذا جامعتكِ فأنت حرة، فاشتراها فجامعها لا تعتق لما قلنا، كذلك هاهنا، بخلاف الطلاق؛ لأنه لا يملك التطليق إلا بملك النكاح فيصير ذاكرًا ملك النكاح، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

خِلَافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لا يَصِحُّ إلَّا فِي المِلْكِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرَ المِلْكِ وَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إنْ طَلَّقْتُكِ فَعَبْدِي حُرٌّ يَصِيرُ التَّزَوُّجُ مَذْكُورًا، وَلَنَا أَنَّ المِلْكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّسَرِّي وَهُوَ شَرْطٌ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ وَلا يَظْهَرُ

قوله: فَإِنَّهُ يَقُولُ: التَّسَرِّي لا يَصِحُّ إلَّا فِي المِلْكِ فَكَانَ ذِكْرُهُ ذِكْرًا لِلْمِلْكِ، فإن قيل: هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء، حتى أن من قال لآخر: أعتق عبدك عني بألف، فأعتقه كان العتق واقعًا عن المأمور في قوله لا عن الآمر، والمسألة في «المنظومة» وغيرها.

قلنا: إثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء، والفرق بينهما هو أن الثابت دلالةً ما يكون مفهومًا من اللفظ بلا تأمل واجتهاد، كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الأفعال المؤذية مفهومًا من النهي عن التأفيف، ولا كذلك المقتضي؛ لأن المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي، ثم إذا قيل: فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل، فلمَّا كان الملك مفهومًا من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتًا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء، ولكنا نقول: السرية فعلية من السرّ وهو الوقاع على ما ذكرنا، وهو لا يفتقر في التحقيق إلى ملك اليمين فلا تنعقد اليمين، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ إنْ طَلَّقْتُكِ فَعَبْدِي حُرٌّ، فكان تقديره: إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر، فكذا هنا معناه: إن ملكت جارية وتسريتها فهي حرة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المِلْكَ يَصِيرُ مَذْكُورًا ضَرُورَةَ صِحَّةِ التَّسَرِّي، بيان هذا أن إيجاب العتق لا يصح إلا أن يكون في الملك، أو مضافًا إلى الملك أو سببه، فواحد منها ليس بموجود هاهنا، فبطل قوله: إن تسريت جارية فهيَ حرة، لانعدام ثبوت الملك من حيث العبارة والدلالة، فلو ثبتَ الملك هنا إنما يثبت ضرورة صحة التسري، فحينئذٍ كان الملك ثابتًا بطريق الاقتضاء، والثابت بطريق الاقتضاء ثابت بطريق الضرورة، وما كان ثابتـًا بطريق الضرورة يكون ثبوته بقدر الضرورة ولا يثبت فيما وراء الضرورة، أصله قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝١٧٣﴾ [البقرة: ١٧٣]، وإذا كان كذلك كان تصحيحه بإدراج الملك إنما كان في حق نفسه، وهو تصحيح الشرط لا تصحيح الجزاء، فلم يظهر

فِي حَقِّ صِحَّةِ الجَزَاءِ وَهُوَ الحُرِّيَّةُ، وَفِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الشَّرْطِ دُونَ الجَزَاءِ، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً

الملك في حق صحة الجزاء وهو حرية الجارية التي تسراها، فلمَّا لم يظهر الملك في حق صحة إضافة العتق إلى التسري لم يكن عتق هذه الأمة في الملك، ولا مضافاً إلى سبب الملك، فلا تصح اليمين في حقها فلا يعتق.

فإن قلت: لِمَ لَمْ يقيد التسري هاهنا بملك الرقبة بدلالة قوله: فهي حرة، كما يقيّد الولد بكونه حيًّا في قوله: إذا ولدت ولدًا، بدلالة قوله: فهو حر، على قول أبي حنيفة رحمه الله وما الفرق بينهما؟

قلتُ: ثبتت الحياة ثمَّة لأجل صحة العتق في الولد وهو شرط، فكذلك هاهنا أثبتنا الملك لأجل صحة التسري وهو شرط، فلا يظهر في حق العتق؛ لأن التسري ليس بسبب للملك، فلذلك لا يظهر العتق في الجارية التي اشترى؛ لأن قصد الحالف عدم العتق؛ لأن مثل هذا الشرط إنما يذكر في منع نفسه عن الإقدام، بخلاف قوله: إذا ولدتٌّ ولدًا فهو حرٌّ، فمقصوده إثبات الحرية؛ لأن مثل ذلك الشرط إنما يذكر للتحريض على الولادة، غير أن الحرية لا تتحقق إلا في الحيِّ فاشترط الحياة، وكذلك هاهنا يشترط الملك لصحة التسري لا بصحة الجزاء وهو الحرية؛ لأن ثبوت الملك في التسري بطريق الضرورة، فلا يتعدى اشتراط الملك فيه إلى صحة الجزاء.

وأمَّا قوله لأجنبية: إن طلقتك فعبدي حرٌّ، إثبات التزوج لأجل تصحيح الشرط وهو قوله: إن طلقتك، لا لوقوع الجزاء وهو الحرية، فصار كما إذا قال لعبده: إذا تزوجتُ امرأة فأنت حرٌّ، فلم يكن مسألة الطلاق وزان مسألة التسري؛ لأن الخصم أدرج الملك لأجل تصحيح الجزاء لا لأجل تصحيح الشرط.

ولا وجه لما قاله زفر رحمه الله وهو قوله: إن تسريت بمنزلة قوله: إن ملكتك ثم تسريت؛ لأنه لو كان كذلك يجبُ أن لا يعتق الجارية التي كانت مملوكة له وقت الحلف؛ لأنه لم يملكها بعد الحلف، وقوله: إن ملكتُ، إنما يتناول لما يملك بعد الحلف.

لا تَطْلُقُ ثَلَاثًا فَهَذِهِ وِزَانُ مَسْأَلَتِنَا.

(وَمَنْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقُ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ وَعَبِيدُهُ) لِوُجُودِ الإِضَافَةِ

قوله: حَتَّى لَوْ قَالَ لَهَا إِنْ طَلَّقْتُكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَتَزَوَّجَهَا وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً لا تَطْلُقُ ثَلَاثًا؛ لأن الملك الضروري لم يتعد إلى الجزاء، فأمَّا العتق فيما ذكره إنما صح لقيام الملك في الحال، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

وحاصله أن اليمين إنما تعقد باعتبار الملك القائم في الحال، ولا ينصرف إلى ما سيوجد من الملك إلا بالإضافة إليه أو إلى سببه، وكلاهما لم يوجد فيما نحن فيه، والملك لو صار مذكورًا إنما يصير مذكورًا ضرورة صحة التسري، فصار الملك هاهنا شرط التسري، والتسري شرط العتق وما كان من شرط الشرط لا يجعل مذكورًا في حق الجزاء المذكور، حتى لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، فتزوجها ثم دخلت لم تطلق، فلا تجعل بمعنى: إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق.

قوله: فَهَذِهِ وِزَانُ مَسْأَلَتِنَا، من حيث أن في كل منهما شرط الشرط لا يكون شرطـًا للجزاء المذكور؛ وذلك لأن التزوج شرط صحة الطلاق، كما أن الملك شرط لصحة التسري، فكما لم يجعل التزوج المدرج شرطـًا للجزاء المذكور وهو قوله: فأنت طالق ثلاثـًا، لا يجعل الملك المدرج في قوله: إن تسريت، شرطـًا للجزاء المذكور وهو قوله: فهي حرة.

وأمَّا وزان مسألة زفر رحمه الله تعالى فهو أن يقول: إن تسريتُ جارية فعبدي حرٌّ، فاشترى جاريةً فتسراها عتق العبد؛ لما أن الملك في العبد قائمٌ في الحال فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد.

قوله: وَلَوْ قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ تُعْتَقُ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُوهُ، ولو قال: أردتُ الرجال بِهذا الفظ دون النساء دُيِّن فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء؛ لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام، وهذا بخلاف ما لو قال: نويتُ السودَ دُون البيض، فإنه لا يصدق في القضاء والديانة جميعًا؛ لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه، ولا عموم لما لا لفظَ له فلا تعمل

الْمُطْلَقَةِ فِي هؤُلَاءِ، إِذِ المِلْكُ ثَابِتٌ فِيهِمْ رَقَبَةً وَيَدًا (وَلا يُعْتَقُ مُكَاتَبُوهُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُمْ) لِأَنَّ المِلْكَ غَيْرُ ثَابِتٍ يَدًا وَلِهَذَا لا يَمْلِكُ أَكْسَابَهُ وَلا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ المُكَاتَبَةِ، بِخِلَافِ أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرَةِ فَاخْتَلَّتِ الإِضَافَةُ فَلَا بُدَّ مِنَ النِّيَّةِ.

(وَمَنْ قَالَ لِنِسْوَةٍ لَهُ هَذِهِ طَالِقٌ أَوْ هَذِهِ وَهَذِهِ طَلُقَتِ الأَخِيرَةُ وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلِيَّيْنِ) لِأَنَّ كَلِمَةَ أَوْ لِإِثْبَاتِ أَحَدِ المَذْكُورَيْنِ وَقَدْ أَدْخَلَهَا بَيْنَ الأَوَّلِيَّيْنِ ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى المُطَلَّقَةِ لِأَنَّ العَطْفَ لِلْمُشَارَكَةِ فِي الحُكْمِ فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ

فيه نية التخصيص، وهاهُنا نوى التخصيص فيما هو في لفظه؛ لأن المملوك حقيقة للذكور دون الإناث، فإن الأنثى يقال لها: مملوكة، ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ التذكير عادةً، فإن نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكنه خلاف المستعمل، فيُدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء، ولهذا قيل: لو قال نويتُ النساء دون الرجال كانت نيته لغوًا، وكذلك لو قال: لم أنو المدبرين لم يُصدق في القضاء.

وفي كتاب الأيمان يقول: إذا قال لم أنو المدبرين، لم يُدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضاء ففيه روايتان، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ عَطَفَ الثَّالِثَةَ عَلَى المُطَلَّقَةِ لِأَنَّ العَطْفَ لِلْمُشَارَكَةِ فِي الحُكْمِ فَيَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الْحُكْمِ، وهو المطلقة؛ لأن الكلام سيق لإيقاع الطلاق، وذكر أيضًا في كتاب الإقرار: لو قال: لفلان عليَّ ألف، أو لفلان وفلان، كان نصف الألف للثالث، وله الخيار في النصف الآخر، إن شاء جعله للأول وإن شاء جعله للثاني؛ لما ذكرنا أن الثالث معطوفٌ بالواو على من وقع عليه الحكم.

فإن قلتَ: العطفُ كما يصح على من وقع عليه الحكم فيصح أيضًا على من لم يقع عليه الحكم، والأصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم، ألا ترى أن من قال: والله لا أكلم فلانًا أو فلانًا وفلانًا، إن كلم الأول حنث، وإن كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى

إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَهَذِهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِعَبِيدِهِ هَذَا حُرٌّ أَوْ هَذَا وَهَذَا عَتَقَ الأَخِيرُ وَلَهُ الخِيَارُ فِي الأَوَّلَيْنِ) لِمَا بَيَّنَّا، واللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

يكلمهما معًا، ويكون الثالث معطوفًا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردًا؛ وهذا لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، فصار كأنه قال: هذه طالق أو هاتان، فحينئذٍ كان هو مخيرًا في الطلاق والعتاق، إن شاء أوْقَع على الأول وإن شاء أوقع على الأخيرين.

قلتُ: هذا الذي ذكرتَه هو رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، وأمَّا الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية.

ثم الفرق بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق، وبين قوله: والله لا أكلم فلانًا أو فلانًا وفلانًا، في أن الثالث معطوف على الثانِي الذي لم يقع عليه الحكم، وهو مسألة الجامع، وهو أن كلمة (أو) إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما نكرةً، إلا أن في الطلاق والعتاق الموضع موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات يختص فيتناول أحدهما، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال: إحداكما طالق وهذه، ولو نصَّ على هذا كان الحكم ما قلنا، أمَّا في مسألة الجامع الموضع موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم، ويكون كلمة (أو) بمعنى لا، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإنسان: ٢٤]، أي: ولا كفورًا، فصار كأنه قال: والله لا أكلم فلانًا ولا فلانًا، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال: ولا هذين، ولو نصَّ على هذا كان الحكم هكذا فكذا هنا، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ اليَمِينِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالتَّزَوُّجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ)

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَبِيعُ أَوْ لا يَشْتَرِي أَوْ لا يُؤَاجِرُ فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ العَقْدَ وُجِدَ لَهُ مِنَ العَاقِدِ حَتَّى كَانَتِ الحُقُوقُ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ العَاقِدُ هُوَ الحَالِفُ

بـاب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

أي من: الطلاق والعتاق والضرب، وهذه التصرفات في الأيمان أكثر وقوعًا، أي: بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم، فلذلك قدمه على باب اليمين في الحج.

ثم الضابط في هذه التصرفات لأصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المأمور وفيما لا يحنث شيئان:

أحدهما: أن كل فعل ترجع الحقوق فيه إلى المباشر، فالحالف لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كانت الحقوق ترجع فيه إلى من وقع حكم الفعل له يحنث.

والثاني: أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال إلى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يحتمل الانتقال يحنث.

وقيل: كل ما يستغني المأمور في مباشرته عن إضافته إلى الآمر، فالآمر لا يحنث بمباشرة المأمور، وإن كان لا يستغني عن هذه الإضافة يحنث، والفقه في ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه إلى من وقع العقد له، فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه، وكلاهما يرجعان إليه، ومتى رجعت حقوقه إلى العاقد لا إلى من وقع حكم العقد له، فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق إليه وهي لا ترجع إليه فلا يحنث.

ثم ممَّا يحنث الحالف بمباشرة المأمور النكاح، والصلح عن دم العمد، والطلاق،

يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ فَلَمْ يُوجَدْ مَا هُوَ الشَّرْطُ وَهُوَ العَقْدُ مِنَ الآمِرِ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِيهِ تَشْدِيدًا أَوْ يَكُونَ الحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ لا يَتَوَلَّى العَقْدَ بِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ نَفْسَهُ عَمَّا يَعْتَادُهُ (وَمَنْ حَلَفَ لا يَتَزَوَّجُ أَوْ لا يُطَلِّقُ أَوْ لا يُعْتِقُ فَوَكَّلَ بِذَلِكَ حَنِثَ) لِأَنَّ الوَكِيلَ فِي هَذَا سَفِيرٌ وَمُعَبِّرٌ وَلِهَذَا لا يُضِيفُهُ إِلَى نَفْسِهِ بَلْ إِلَى الآمِرِ، وَحُقُوقُ العَقْدِ تَرْجِعُ إِلَى الآمِرِ لا إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لا أَتَكَلَّمَ بِهِ لَمْ يَدِينَ فِي القَضَاءِ خَاصَّةً) وَسَنُشِيرُ إِلَى المَعْنَى فِي الفَرْقِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

والعتاق، والهبة، والصدقة، والقرض، والاستقراض، وضرب العبد، والذبح، والإيداع، وقبول الوديعة، والإعارة، والاستعارة، وخياطة الثوب، والبناء، فإن الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضًا بفعل المأمور.

وأمَّا ما لا يحنث الحالف بمباشرة المأمور فهو البيع، والشراء، والإجارة، والاستيجار، والصلح عن المال، وكذلك القسمة، ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ ذَلِكَ، أي: إلا أن ينويَ أن لا يأمر غيره أيضًا فحينئذٍ يحنث، وهذا الاستثناء متصل بقوله: فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ لَمْ يَحْنَثْ، أي: إلا أن ينوي ذلك فحينئذٍ يحنث.

قوله: أَوْ يَكُونَ الحَالِفُ ذَا سُلْطَانٍ لا يَتَوَلَّى العَقْدَ بِنَفْسِهِ، فأمر غيره يحنث، أي: إذا باشره المأمور؛ لأنه إذا كان الحالف ذا سلطان فمقصود الحالف بالحلف هو منع نفسه عمَّا يعتاده وهو الأمر لغيره بالبيع والشراء، فلمَّا أمر غيره وفعل المأمور حنث حينئذٍ؛ لأنه لمَّا كان مقصود الحالف منع نفسه عن الأمر لغيره بدلالة الحال صار كأنه قال: والله لا آمر أحدًا بالبيع والشراء، فلمَّا أمر غيره حنثَ، ولكن مع ذلك لو فعل بنفسه يحنث أيضًا لوجود البيع منه حقيقةً، فإن كان رجلًا يباشر ويوكل آخر يعتبر فيه الغلبة، ولو وكل رجلًا بالنكاح أو الطلاق أو العتاق ثم حلف لا يفعل ثم فعل الوكيل حنثَ؛ لأنه صار فاعلًا لذلك بفعل وكيله وهو بعد

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَضْرِبُ عَبْدَهُ أَوْ لا يَذْبَحُ شَاتَه فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَفَعَلَ يَحْنَثُ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ وَذَبْحِ شَاتِهِ فَيَمْلِكُ تَوْلِيَتَهُ غَيْرَهُ ثُمَّ مَنْفَعَتَهُ رَاجِعَةٌ إِلَى الآمِرِ فَيَجْعَلُ هُوَ مُبَاشِرًا إِذْ لا حُقُوقَ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى المَأْمُورِ (وَلَوْ قَالَ عَنَيْتُ أَنْ لا أَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِي دِينَ فِي القَضَاءِ) بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ.

اليمين، كذا في «الجامع الصغير» للإمام التمرتاشي رحمه الله، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ ... فَيَمْلِكُ تَوْلِيَتَهُ غَيْرَهُ، وبهذا التعليل وقع الاحتراز عمَّن يحلف على ضرب حرٍّ فأمرَ غيره بذلك فضربه المأمور لا يحنث؛ لأنه لا ولاية له على الحر فلا يعتبر أمره فيه، ألا ترى أنه لا يثبت في حق الضارب حل الضرب باعتبار أمره، بخلاف العبد فإنه مملوك له وله عليه ولاية فأمرُه غيرَه بضربه معتبر، ألا ترى أن الضارب يستفيد به حل الضرب، كذا في «المبسوط».

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ، كالنكاح فإنه لا يدين فيه قضاءً ولكن يدين ديانةً، وهذا هو الفرق الذي وعده قُبيل هذا بالإشارة إلى الفرق، والفرق هو أن فعل الوكيل في الطلاق والنكاح وغيرهما مثل فعل الموكل معنى وإن كان الوكيل فاعلًا صورةً، والاعتبار للمعنى لا للصورة.

ولهذا لو حلفَ لا يطلقُ فجنَّ فطلق لا يحنث، وإن كان مطلقـًا صورةً، وإذا كان كذلك كان فعل الوكيل كفعل الموكل، فكان فعل الوكيل حينئذٍ من أنواع فعل الطلاق الذي دخلَ تحت عموم نفي فعل الطلاق في قوله: لا أطلق، فصار كأنه قال: لا أطلق بنفسي، ولا آمر غيري بالطلاق، فلمَّا نوى بقوله: لا أطلق أن لا أطلق بنفسي، كان ناويًا الخصوص في موضع العموم وهو خلاف الأصل؛ لأن الأصل أن يجري العموم على عمومه فلم يصدق قضاءً لذلك، أمَّا الضرب ففعل حسيٌّ باشره وهو الإيلام، فحقيقته عند إسناده إلى نفسه أن يفعله بنفسه، وفعل الغير لا يكون حقيقةً فعل نفسه ولا نوعًا من أنواع الفعل، بل نسبة فعل الفاعل إلى الأمر باعتبار التسبيب، والتسبيب طريق من طُرق المجاز، فلو كان فعل غيره من أنواع

وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ إِلَّا تَكَلُّمًا بِكَلَامٍ يُفْضِي إِلَى وُقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا، وَالأَمْرُ بِذَلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهُمَا، فَإِذَا نَوَى التَّكَلُّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الخُصُوصَ فِي العَامِّ فَيَدِينُ دِيَانَةً لا قَضَاءً، أَمَّا الذَّبْحُ وَالضَّرْبُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يُعْرَفُ بِأَثَرِهِ، وَالنِّسْبَةُ إِلَى الآمِرِ بِالتَّسْبِيبِ مَجَازٌ، فَإِذَا نَوَى الفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الحَقِيقَةَ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً وَقَضَاءً.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ إِنْسَانًا فَضَرَبَهُ لَمْ يَحْنَثْ) فِي يَمِينِهِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ ضَرْبِ الوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ التَّأَدُّبُ وَالتَّثَقُّفُ فَلَمْ يَنْسِبْ فِعْلَهُ إِلَى الآمِرِ، بِخِلَافِ

فعل نفسه مع كونه مجازًا كان جمعًا بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وهو لا يجوز، فإذا نوى فعل نفسه فقد نوى حقيقةَ كلامه فيصدق قضاءً؛ لما أنه لمَّا كان يصدق قضاءً إذا نوى حقيقة كلامه، وإن كان بعيدًا عن الاستعمال في قوله: لا أشرب الماء، إذا نوى جميع المياه لمصادفة نيته حقيقة كلامه؛ لَأَن يصدق قضاءً إذا صادفت نيته حقيقةَ كلامه فيما هو كثير استعمال حقيقةً أَوْلَى وأحْرَى؛ وذلك لأن الحقيقة لمَّا لم تكن مهجورة يصدق الحالف في نية الحقيقة قضاءً وديانةً، وإن كان في ذلك تخفيف له؛ لأن الكلام يصرف إلى حقيقته فعند قِرَان النية بإرادة حقيقته أَوْلَى.

وذكر الإمام صدر الإسلام رحمه الله الفرق بينهما بأن المأمور في الطلاق والعتاق رسول الآمر، ولسان الرسول لسان المرسِل بالإجماع، فيكون التطليق بلسانه كالتطليق بلسان نفسه، فيكون ما عناه خلاف الظاهر وهو مُتَّهَمٌ فيه فلا يصدق، أمَّا في مسألة الضرب فليس فعل المأمور كفعل الآمر؛ لأن المأمور ليس رسول الأمر فيه؛ لأن الرسالة تجري في الأقوال لا في الأفعال، فلمَّا عنى ضرب نفسه فقد عنى حقيقة كلامه فيصدق.

قوله: لِأَنَّ مَنْفَعَةَ ضَرْبِ الوَلَدِ عَائِدَةٌ إِلَيْهِ، أي: إلى الولد؛ لأن الولد إنما يضرب ليتأدب ويتعلم وينزجر عن القبائح و إن كان فيه منفعةٌ للوالد أيضًا؛ فذاك ليس بمقصودٍ،

الأَمْرِ بِضَرْبِ العَبْدِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الِائْتِمَارِ بِأَمْرِهِ عَائِدَةٌ إِلَى الآمِرِ فَيُضَافُ الفِعْلُ إِلَيْهِ (وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ إِنْ بِعْتُ لَكَ هَذَا الثَّوْبَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَدَسَّ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ ثَوْبَهُ فِي ثِيَابِ الحَالِفِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى البَيْعِ فَيَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَفْعَلَهُ بِأَمْرِهِ إِذِ البَيْعُ تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ وَلَمْ تُوجَدْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِنْ بِعْتُ ثَوْبًا لَك حَيْثُ يَحْنَثُ إِذَا بَاعَ ثَوْبًا مَمْلُوكًا لَهُ، سَوَاءٌ كَانَ

وفعل الإنسان إنما ينتقل إلى غيره بحكم المنفعة، فلمَّا لم يعد إليه المنفعة المقصودة لم ينتقل الفعل إليه، وأمَّا العبد فإنما يضرب لينقاد له العبد ويأتمر بأوَامِره، فإذا كانت المنفعة تعود إليه كان ضرب غيره كضربه فيحنث بالأمر إذا ضربه المأمور، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ إِنْ بِعْتُ لَكَ هَذَا الثَّوْبَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَدَسَّ المَحْلُوفُ عَلَيْهِ ثَوْبَهُ فِي ثِيَابِ الحَالِفِ - أي: إذا أخفى المحلوف عليه ثوب نفسه في ثياب الحالف - فَبَاعَهُ - الحالف - وَلَمْ يَعْلَمْ - به - لَمْ يَحْنَثْ، بخلاف ما إذا قال: إن بعت ثوبًا لك، والمسألة بحالها حيث يحنث.

اعلم أن معنى قوله: إن بعتُ لك هذا الثوب، بالفارسية: (اگر فروشم از بهر تو اين جامه را)، ومعنى قوله: إن بعت ثوبًا لك، (اگر فروشم جامه را كه ملك تو ست)، ثم الفرق بين المسألتين بالحنث وعدمه، وكذلك اختلاف المعنى إنَّما نشأ من موضع اللام، وذلك أن اللام للاختصاص في الصورتين، لكن لمَّا دخل اللام على البيع، أي: قرن به وذكر بعده اقتضى اختصاص البيع بالمحلوف عليه، فاختصاص البيع بالمحلوف عليه من الحالف إنَّما يكون أن لو كان ذلك البيع مفعولًا من جانب الحالف لأجل المحلوف عليه، وفعل البيع لأجله إنما يكون أن لو كان قاصدًا لِفِعْل البيع لأجله، وذلك إنما يكون بالعلم، فلمَّا أخفى ثوب المحلوف عليه في ثياب الحالف فباعه الحالف ولم يعلم لم يكن البيع لأجل

بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ عَلِمَ بِذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، لِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ دَخَلَ عَلَى العَيْنِ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ فَيَقْتَضِي الِاخْتِصَاصَ بِهِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ، وَنَظِيرُهُ الصِّيَاغَةُ وَالخِيَاطَةُ وَكُلُّ مَا تَجْرِي فِيهِ النِّيَابَةُ، بِخِلَافِ الأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَضَرْبِ الغُلَامِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ فَلَا يَفْتَرِقُ الحُكْمُ فِيهِ فِي الوَجْهَيْنِ.

المحلوف عليه فلا يحنث، وأمَّا إذا باعه لأجله وهو أن يبيعه بأمره فيحنثُ سواء كان البيع ملكاً للمحلوف عليه أو لغيره، وهذا الذي ذكرته في الفعل الذي يجري فيه النيابة كالبيع.

وأمَّا إذا كان فعلًا لا يجري فيه النيابة كالأكل، يقتضي اختصاص العين الذي هو محل ذلك الفعل بالمحلوف عليه، فيحنث الحالف فيه بفعله إذا كان العين ملكاً له، سواءٌ أدخل اللام على الفعل أو على العين وهو معنى قوله: فَلَا يَفْتَرِقُ الحُكْمُ فِيهِ فِي الوَجْهَيْنِ.

ولمَّا دخل اللام على العين، أي: قرن بذلك العين، وذكر بعده وهي المسألة الثانية، اقتضى اختصاص ذلك العين بالمحلوف عليه، واختصاصه بالمحلوف عليه إنما يكون أن لو كان ذلك العين ملكاً للمحلوف عليه، فكان شرط الحنث حينئذٍ بيع ثوب مملوك للمحلوف عليه، ولا يتوقف حنثه إلى علمه وأمر المحلوف عليه، فيحنث ببيعه سواءٌ علم أن ذلك الثوب الذي باعه ملك المحلوف عليه أو لم يعلم؛ لأن من فَعَل المحلوف عليه ناسيًا يحنث في يمينه.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: فإن نوى بالثاني الأول، أو نوى بالأول الثاني صحت نيته؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير.

قوله: وَضَرْبِ الغُلَامِ، المراد به العبد، وبه صرح في «الجامع الصغير» لقاضي خان رحمه الله فقال: لو قال إن ضربتُ لك عبدًا، أو ضربتُ عبدًا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف؛ ولأن الضرب ممَّا لا يملك بالعقد ولا يلزم، ومحل الضرب يملك فانصرف اللام إلى ما يملك ويؤخر المقدم، وليس المرادُ به ضرب الولد؛ لما ذكرنا في تعليل قوله: لِأَنَّ المَالِكَ لَهُ وِلَايَةُ ضَرْبِ عَبْدِهِ، وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»:

(وَمَنْ قَالَ هَذَا العَبْدُ حُرٌّ إِنْ بِعْته فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ البَيْعُ وَالمِلْكُ فِيهِ قَائِمٌ فَيَنْزِلُ الجَزَاءُ (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ المُشْتَرِي إِنِ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ فَاشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ) أَيْضًا لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الشِّرَاءُ وَالمِلْكُ قَائِمٌ فِيهِ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ، وَكَذَا عَلَى أَصْلِهِ لِأَنَّ هَذَا العِتْقَ بِتَعْلِيقِهِ وَالمُعَلَّقُ كَالمُنْجَزِ، وَلَوْ نَجَّزَ العِتْقَ يَثْبُتُ المِلْكُ سَابِقًا عَلَيْهِ فَكَذَا هَذَا.

المراد بالغلام الولد.

قوله: فَبَاعَهُ عَلَى أَنَّهُ بِالخِيَارِ عَتَقَ، لِوُجُودِ الشَّرْطِ وَهُوَ البَيْعُ، فإن قلتَ: هذا البيع غير كاف؛ لما أن هذا البيع ليس فيه إلا ذكر إيجاب وقبول من غير إفادة حكم البيع؛ لما أن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه، فلو كان هذا كافيًا في كونه بيعًا يجبُ أن يكون النكاح الفاسد أيضًا كافيًا في كونه نكاحًا؛ لما أن فيه الإيجاب والقبول أيضًا من غير إفادة الحكم وليس هو بكافٍ بالاتفاق، حتى لا يحنث به إذا كان العتق معلقاً به، فما الفرق بينهما؟

قلتُ: قد ذكر الفرق بينهما شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله فقال: إن جواز البيع باعتبار المالية، والمالية ليس فيها معنى ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول، وجواز النكاح باعتبار الإنسانية، ألا ترى أنه يختصُّ ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الإيجاب والقبول؛ لأنها تقتضي الحرية، والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلا يحنث إلا إذا كان صحيحًا، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

يعني: لمَّا كان النكاح فاسدًا واعتضد فسادُه بما يخالف الدليل يرجح جانب العدم، فصار كأن النكاح لم يوجد أصلًا، بخلاف البيع؛ لأنه موافق للدليل، فكان البيع بيعًا وإن لم يوجب حكمه بعد أن ورد الإيجاب والقبول في محل البيع وهو المال.

قوله: وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِمَا ظَاهِرٌ؛ لأن خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عندهما.

قوله: يَثْبُتُ المِلْكُ سَابِقًا عَلَيْهِ، أي: على العتق.

فإن قلتَ: الفرق ثابت بين التعليق والتنجيز هاهنا، فإن في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار

(وَمَنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَبِعْ هَذَا العَبْدَ أَوْ هَذِهِ الأَمَةَ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَأَعْتَقَ أَوْ دَبَّرَ طَلُقَتِ

يبطل التنجيز أصلًا، وأمَّا تعليق العتق بالشراء هاهنا لو لم ينفسخ الخيارُ في الحال فيقع صحيحًا لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار، وإذا كان كذلك لم يلزم من صحة التنجيز صحة حكم التعليق في الحال بانفساخ الخيار.

قلتُ: لمَّا أمكن إيقاع العتق في الحال من وجه بفسخ الخيار لم يؤخر إلى مضي مدة الخيار؛ لأن العتق ممَّا يحتاط في إثباته، ومن الاحتياط تعجيله لا تأخيره.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذه المسألة على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وهي ما إذا قال: إن اشتريتُ هذا العبد فهو حرٌّ ثم اشتراه بشرط الخيار يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله أيضًا، وبين ما إذا اشترى قريبه بشرط الخيار حيث لا يعتق عنده ما لم يسقط الخيار.

قلتُ: قد ذكر الفرق الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: إن في شراء القريب لم يوجد كلمة الإعتاق بعد الشراء حتى يسقط خياره، وإنما يعتق القريب على القريب بحكم الملك، وخيار المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله يمنع ثبوت الملك للمشتري، فلا يعتق قبل سقوط الخيار، وأمَّا هاهنا فالإيجاب المعلَّق صار منجزًا عند الشرط وصار قائلًا: أنت حر، فينفسخ الخيار ضرورةً لوجود دليل ما يختص بالملك، وهذا بخلاف ما لو اشتراه على أن البائع بالخيار حيث لا يحنث المشتري، والفرق فيه هو أن المشتري متى كان الخيار له يتمكن من إسقاطه، ومتى كان الخيارُ للبائع لا يتمكن من إسقاطه.

ثم إنَّما وضع مسألة تعليق العتق بالبيع فيما إذا باعه على أنه بالخيار، لبيان أنه يعتق بمجرد البيع، فكان هذا احترازًا عمَّا لو باعه بيعًا باتًّا حيث لا يعتق وإن وجد البيع، كذا ذكره في شروح «الجامع الصغير».

وقال الإمام قاضي خان رحمه الله: ولو قال: إن بعتُ هذا العبد فهو حر، فباعه بيعًا باتًّا لا يعتق؛ لأنه كما تمَّ البيع زال العبد عن ملكه، والجزاء لا تنزل في غير الملك.

قلتُ: وبِهذه المسألة يعرف أن العلة مع المعلول يقترنان في الوجود، وأمَّا الشرط مع المشروط فإنَّهما يتعاقبان في الوجود، حيث يوجد الشرط أوَّلًا ثم يوجد المشروط، فإن البيع

امْرَأَتُهُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيْعِ لِفَوَاتِ مَحَلِّيَّةِ البَيْعِ (وَإِذَا قَالَتِ المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا: تَزَوَّجْتَ عَلَيَّ؟ فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ ثَلَاثًا طَلُقَتْ هَذِهِ الَّتِي حَلَّفَتْهُ فِي القَضَاءِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا لَا تَطْلُقُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ جَوَابًا فَيَنْطَبِقُ

هاهنا كما هو علة لثبوت الملك للمشتري فهو شرط أيضًا لثبوت العتق لذلك العبد، فصار المعلول وهو ملك المشتري أسرع ثبوتًا من المشروط الذي هو العتق، حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق.

ثم قال في «الجامع الصغير»: ولو باعه بيعًا فاسدًا، فإن كان العبد في يد المشتري مضمونًا عليه بأن كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات؛ لأنه كما تمَّ البيع يزول العبد عن ملكه، وإن كان العبد في يد البائع عتق؛ لأنه لا يزول ملكه قبل التسليم، ولو قال: إن اشتريتُه فهو حرٌّ، فاشتراه شراءً فاسدًا، فإن كان العبد في يد البائع لا يعتق؛ لأنه ملك البائع بعد البيع فيصير معتقًا ملك الغير، وإن كان العبد في يد المشتري على الوجه الذي ذكرنا يعتق؛ لأنه صار معتقًا ملك نفسه.

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ عَدَمُ البَيْعِ؛ لأنه كان علق الطلاق بعدم البيع، فإذا وقع اليأس عن البيع لخروجه عن أن يكون محلًا للبيع بالإعتاق والتدبير تحقق الشرط فتطلق، كما لو ماتَ الحالف أو العبد.

فإن قيل: هذا الذي ذكره من فوات المحلية مسلم في الإعتاق، وأمَّا في التدبير فغير مسلم، فإنه يمكن بيع المدبر إذا قضى القاضي بجواز بيعه.

قلنا: عند القضاء بجواز بيعه يفسخ التدبير، ويكون البيع حينئذٍ بيع القن لا بيع المدبر، وفوات المحلية إنما كان باعتبار بقاء التدبير، وقد قلنا أن بيع المدبر لا يجوز فكان المحل فائتًا، والحكم لا ينبى على ما يظهر عند قضاء القاضي في المجتهدات، إلى هذا أشار الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير».

ولو كان مكان العبد جارية والمسألة بحالها فكذلك الجواب، فإن قيل: لا كذلك فإنه لم يقع اليأس عن بيعها هنا، لجواز أن ترتد فتُسبَى بعد اللحاق بدار الحرب.

عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ إِرْضَاؤُهَا وَهُوَ بِطَلَاقِ غَيْرِهَا فَيَتَقَيَّدُ بِهِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ عُمُومُ الْكَلَامِ وَقَدْ زَادَ عَلَى حَرْفِ الْجَوَابِ فَيُجْعَلُ مُبْتَدِئًا، وَقَدْ يَكُونُ غَرَضُهُ إِيحَاشُهَا حِينَ اعْتَرَضَتْ عَلَيْهِ فِيمَا أَحَلَّهُ الشَّرْعُ وَمَعَ التَّرَدُّدِ لا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا، وَإِنْ نَوَى غَيْرَهَا يُصَدَّقُ دِيَانَةً لا قَضَاءً لِأَنَّهُ تَخْصِيصُ الْعَامِّ.

قلنا: من مشايخنا من قال: لا تطلق باعتبار هذا الاحتمال، والصحيح أنَّها تطلق؛ لأنه إنما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك، وقد انتهى ذلك الملك بالإعتاق والتدبير، ولو كان العبد ذميًّا ينبغي أن يكون الجواب فيه على نحو ما قلنا، أي: من قول المشايخ رحمهم الله وصحة الجواب بخلاف قولهم، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَجْهُ الظَّاهِرِ عُمُومُ الكَلَامِ وَقَدْ زَادَ عَلَى حَرْفِ الجَوَابِ؛ لأنه لو أراد جوابه لكان يكفيه قوله: إن فعلتُ فهي طالق، فلمَّا ذكر لفظ العموم صار مبتديًا فيُعمل بعموم اللفظ.

وقوله: بأن الغرض إرضاؤها وتطييب قلبها، قلنا: كما يحتمل ذلك يحتمل أنه قصد به إيحاشَها لما اعترضت عليه فيما هو مباح، فلا يترك العمل بعموم اللفظ.

وذكر شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»: أن ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أصح عندي؛ لأنه أخرج كلامه مخرج الجواب، والأصل أن ما تقدَّم في الخطاب يصير كالمعاد في الجواب، فكأنه قال: كل امرأة أتزوجها ما دمت حيًّا، فإنَّها لا تدخل في لفظة ذلك، فكذلك هاهنا، والله تعالى أعلم بالصواب.

(بَابُ اليَمِينِ فِي الحَجِّ وَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ)

(وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الكَعْبَةِ أَوْ فِي غَيْرِهَا عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى أَوْ إِلَى الكَعْبَةِ فَعَلَيْهِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ مَاشِيًا وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَهْرَاقَ دَمًا) وَفِي القِيَاسِ

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

قدَّم هذا الباب على باب اللبس وغيره؛ لأن في هذا ذكر العبادات، وذكر العبادات مقدم على غيرها، وأخَّره عن باب اليمين في البيع والشراء؛ لما ذكرنا أن اليمين في الحج وغيره أقل وقوعًا من اليمين في البيع والشراء.

قوله: وَمَنْ قَالَ وَهُوَ فِي الكَعْبَةِ ... عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى ... فَعَلَيْهِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ، وفي لفظه: وَهُوَ فِي الكَعْبَةِ، إشارة إلى أن وجوب الحج والعمرة **بقوله**: عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى، بطريق المجاز من حيث أن المشي إليه سبب للوصول إليه، لا من حيث الحقيقة؛ إذ المشي إلى بيت الله وهو في الكعبة محال، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

ثم اعلم أن هاهنا ثمانية ألفاظ: في ثلاثة تلزمه بلا خلاف، وهو المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو مكة أو بكة، وفي ثلاثة لا يلزمه شيء بالاتفاق، وهو إذا نذر الذهاب إلى مكة، أو السفر أو الركوب إلى مكة، وفي لفظين خلاف وهما إذا نذر المشي إلى الحرام أو المسجد الحرام، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه يأخذ فيهما بالقياس وهما بالاستحسان.

ولو حلف بالمشي إلى بيت الله وهو ينوي مسجدًا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء؛ لأن المنوي من محتملات لفظه، فالمساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى أنَّها تجردت عن حقوق العباد، فصارت معدَّة لإقامة الطاعات فيها لله تعالى،

لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ التزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ وَاجِبَةٍ وَلا مَقْصُودَةٍ فِي الأَصْلِ، وَمَذْهَبُنَا مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيجَابَ الحَجِّ وَالعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ زِيَارَةُ البَيْتِ مَاشِيًا فَيَلْزَمُهُ مَاشِيًا، وَإِنْ شَاءَ رَكِبَ وَأَرَاقَ دَمًا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي المَنَاسِكِ (وَلَوْ قَالَ عَلَيَّ الخُرُوجُ أَوِ الذَّهَابُ إِلَى بَيْتِ اللهِ تَعَالَى فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التِزَامَ الحَجِّ أَوِ العُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ (وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ المَشْيُ إِلَى الحَرَمِ أَوْ إِلَى الصَّفَا وَالمَرْوَةِ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ) وَهَذَا عِنْدَ

كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّهُ التزَمَ مَا لَيْسَ بِقُرْبَةٍ ... مَقْصُودَةٍ فِي الأَصْلِ، فلا يلزمه كالتزام الوضوء والسعي إلى الجمعة.

فإن قيل: يشكل هذا بالاعتكاف فقد صحَّ النذر به وإن لم يكن واجبًا من جنسه قصدًا.

قلنا: الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم، والصوم من جنس القرب المقصودة.

فإن قيل: الاعتكاف يصح في الليل وإن كان الصوم لا يصح فيه.

قلنا: صحة الاعتكاف في الليل تبع لمصلحة الاعتكاف في اليوم، ولهذا لو نذر الاعتكاف في الليل منفردًا عن اليوم لا يصح.

أو نقول: صحة الاعتكاف باعتبار أنه انتظار للصلاة والاستدامة فيها، والاستدامةُ في الصلاة تصح في الليل والنهار.

قوله: وَلِأَنَّ النَّاسَ تَعَارَفُوا إِيجَابَ الحَجِّ وَالعُمْرَةِ بِهَذَا اللَّفْظِ، مجازًا واستعارةً لقوله: عليَّ حجَّة.

فإن قيل: فإذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور إليه، كما إذا نذر بأن يضرب بثوبه حطيم الكعبة، فحينئذٍ ينبغي أن لا يلزم عليه المشي في طريق الحج،

أَبِي حَنِيفَةَ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قَوْلِهِ عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْحَرَمِ حِجَّةٌ أَوْ عُمْرَةٌ) وَلَوْ قَالَ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، لَهُمَا أَنَّ الْحَرَمَ شَامِلٌ عَلَى الْبَيْتِ، وَكَذَا الْمَسْجِدُ الْحَرَامُ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَذِكْرِهِ، بِخِلَافِ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِأَنَّهُمَا مُنْفَصِلَانِ عَنْهُ، وَلَهُ أَنَّ الْتِزَامَ الْإِحْرَامِ بِهَذِهِ الْعِبَارَةِ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ وَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ بِاعْتِبَارِ حَقِيقَةِ اللَّفْظِ فَامْتَنَعَ أَصْلًا.

(وَمَنْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ إِنْ لَمْ أَحُجَّ الْعَامَ، وَقَالَ: حَجَجْتُ وَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ ضَحَّى الْعَامَ بِالْكُوفَةِ لَمْ يُعْتَقْ عَبْدُهُ)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُعْتَقُ لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ قَامَتْ عَلَى أَمْرٍ مَعْلُومٍ وَهُوَ التَّضْحِيَةُ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ انْتِفَاءُ الْحَجِّ فَيَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ، وَلَهُمَا أَنَّهَا قَامَتْ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ الْحَجِّ لَا إِثْبَاتُ التَّضْحِيَةِ لِأَنَّهُ لَا مُطَالِبَ لَهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ لَمْ يَحُجَّ الْعَامَ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ

كما لا يلزم هناك ضرب الثوب على حطيم الكعبة، بل يجبُ إهداء الثوب إلى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه.

قلنا: نعم كذلك إلا أن للحج ماشيًا فضيلة ليست هيَ للحج راكبًا، قال النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم: «من حجَّ ماشيًا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة بسبع مائة»، فاعتبر لفظه في إيجاب المشي لإحراز تلك الفضيلة، ومعناه في إيجاب الحج والعمرة لإجماعهم على ذلك المتعارف، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ۝٧٩﴾ [الواقعة: ٧٩]، اتفق أهل التفسير على أن معناه: لا يقربه إلا الكرام البررة، ولكن روعي نظمه أيضًا فقيل: لا يجوز للجنب ولا للمحدث مسُّ المصحف لظاهر قوله تعالى: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ۝٧٩﴾ [الواقعة: ٧٩].

قوله: لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا نَفْيُ الْحَجِّ لَا إِثْبَاتُ التَّضْحِيَةِ؛ لأنه لا حقَّ للمدعي في التضحية؛

هَذَا النَّفْيَ مِمَّا يُحِيطُ عِلْمُ الشَّاهِدِ بِهِ وَلَكِنَّهُ لا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَيْسِيرًا.

لأن العتق لم يتعلق بالتضحية، وإذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت شهادة على نفي الحج فلا تقبل؛ لأنه لا مطالب لها، أمَّا إذا كانت التضحية تطوعًا فظاهر، وكذلك إن كانت واجبة؛ لأن القاضي لا يجبر عليها وهي لا تدخل تحت الحكم فلا يكون لها مطالب.

قوله: وَلَكِنَّهُ لا يُمَيِّزُ بَيْنَ نَفْيٍ وَنَفْيٍ تَيْسِيرًا، أي: لو قلنا أن النفي لو وقع في موضع يمكن أن حيط علم الشاهد بذلك النفي كما في مسألة السير لو شهد الشهود بأن الزوج قال: المسيح ابن الله، ولم يقل قول النصارى تقبل شهادته، ولو وقع النفي في موضع لا يتصور إحاطة علم الشاهد به، بأن شهدوا بأن هذا الرجل لم يشرب الخمر ولم يزن أو غيرهما من الكبائر لا تقبل شهادته؛ لأنه يكون حينئذٍ حرج التمييز والحرج مدفوع، فلذلك قلنا أن الشهادة على النفي غير مقبولة في جميع المواضع، وأمَّا قبول الشهادة في مسألة «السير الكبير» فليس باعتبار أنه وقع النفي في موضع يحيط علم الشاهد به، بل شهادة الشهود هناك وقعت في الأمر الوجودي، وهو شهادتهم على سكوت الزوج عن أن يقول: المسيح ابن الله قول النصارى، هكذا ذكر الجواب بعد ما ذكر السؤال الإمامُ قاضي خان رحمه الله فقال:

فإن قيل: الشهادة على النفي إنما لا تقبل إذا لم يكن الشاهد عالمًا بالنفي، أمَّا لو قامت على نفي شيءٍ هو عالم به جازت شهادته، دلَّ عليه ما ذكر في «السير»: رجلان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته، والرجل يقول: وصلتُ بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وإن قامت على النفي؛ لأنها قامت على نفي شيءٍ علم الشاهد به.

والجواب عنه أنَّ الشهادة على النفي لا تقبل، فعند ذلك لا يميز بين نفي ونفي دفعًا للحرج عن الناس، وأمَّا في مسألة «السير» فذاك شهادة على السكوت عقيب قوله: المسيح ابن الله، ولكن ذكر شمس الأئمَّة وفخر الإسلام رحمهما الله في «أصول الفقه» أن قبول الشهادة في مسألة «السير» وإن كان في موضع النفي باعتبار أن علم الشاهد يحيط بذلك النفي، حتى فرقا بين قول الشاهدين: إنا لم نسمع من الزوج هذه الزيادة، حتى كان القول قول الزوج

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَصُومُ فَنَوَى الصَّوْمَ وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفطَرَ مِنْ يَوْمِهِ حَنِثَ) لِوُجُودِ الشَّرْطِ إذِ الصَّوْمُ هُوَ الإِمْسَاكُ عَنِ المُفْطِرَاتِ عَلَى قَصْدِ التَّقَرُّبِ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَصُومُ يَوْمًا أَوْ صَوْمًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ لا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ المُعْتَبَرُ شَرْعًا وَذَلِكَ بِإِنْهَائِهِ إِلَى آخِرِ اليَوْمِ، وَاليَوْمُ صَرِيحٌ فِي تَقْدِيرِ المُدَّةِ بِهِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يُصَلِّي فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ سَجَدَ مَعَ ذَلِكَ ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ)

ولم يفرق بينهما وبين قولهما: إن الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة وفرق بينهما؛ لما أن قولهما أن الزوج لم يقل هذه الزيادة بيان منهما لإحاطة علمهما به.

قوله: وَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفطَرَ مِنْ يَوْمِهِ حَنِثَ، يعني: لمَّا صامَ قد خالف يمينه فحنث في يمينه بالصوم ثم بإفطاره لا يرتفع حنثه؛ لأن الحنث بعد تحققه لا يكون غير حنث، وإنما يحنث بالصوم ساعة؛ لأن الشارع في الفعل يسمى فاعلًا، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰ فِي ٱلۡمَنَامِ أَنِّيٓ أَذۡبَحُكَ﴾ [الصافات: ١٠٢]، ثمَّ شرعَ إبراهيم عليه السلام في فعل الذبح بأخذ السكين وإمراره ولم يتم فعل الذبح، ومع ذلك قال الله تعالى في حقه: ﴿قَدۡ صَدَّقۡتَ ٱلرُّءۡيَآۚ﴾ [الصافات: ١٠٥]، فعُلِم بهذا أن الشروع في الذبح بمنزلة الذبح، وكذلك في سائر الأفعال.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لا يَصُومُ يَوْمًا أَوْ صَوْمًا فَصَامَ سَاعَةً ثُمَّ أَفْطَرَ لا يَحْنَثُ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّوْمُ التَّامُّ المُعْتَبَرُ شَرْعًا، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما لو قال: والله لأصومن هذا اليوم، وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صحَّ يمينه بالاتفاق، والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي، فإن الصوم شرعًا بعد الأكل أو بعد الزوال لا يتصور، وكذلك في الصلاة لو حلف وقال لامرأته: إن لم تصل اليوم ركعتين فأنتِ طالق، فحاضت قبل أن تشرع في الصلاة أو بعد ما صلَّت ركعةً، فالصحيح أن اليمين تنعقد عند الكل على كل حال ويقع الطلاق، مع أن الصلاة شرعًا لا تتصوَّر بعد الحيض، والمسألتان في أيمان «الذخيرة».

قلتُ: اليمين تعتمد التصور كما في قوله: لأمسنَّ السماءَ، ثم التصور على قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر؛ لأن عنده شرط صحة اليمين الإضافة إلى فعل في المستقبل وقد وجد،

وَالقِيَاسُ أَنْ يَحْنَثَ بِالِافْتِتَاحِ اعْتِبَارًا بِالشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الصَّلَاةَ عِبَارَةٌ عَنِ الأَرْكَانِ المُخْتَلِفَةِ، فَمَا لَمْ يَأْتِ بِجَمِيعِهَا لا يُسَمَّى صَلَاةً، بِخِلَافِ الصَّوْمِ لِأَنَّهُ رُكْنٌ وَاحِدٌ وَهُوَ الإِمْسَاكُ وَيَتَكَرَّرُ فِي الجُزْءِ الثَّانِي.

وعندهما الشرط الإضافة إلى فعل في المستقبل وقيام محل الفعل وقد وجد، أمَّا الإضافة إلى فعل في المستقبل فظاهر، وأمَّا قيام محل الفعل فلأن محل فعل الصوم اليوم والشخص؛ لأن الصوم إنما يوجد بالوقت والإمساك، والإمساك إنما يكون من الحالف فانعقدت اليمين، إلا أنه وقع الحنث كما انعقدت لعجزه عن الأداء لفوات شرط البر، كما وقع الحنث في قوله: لأمسنَّ السماءَ، وكذلك انعقدت اليمين في حق الصلاة؛ لأنه وجدت الإضافة إلى فعل في المستقبل ومحل الفعل؛ لأن محل فعل الصلاة الوقت والشخص؛ لأن الصلاة إنما توجد بالوقت وأفعال مخصوصة، والأفعال المخصوصة إنما تكون من الشخص.

فإن قيل: الإضافة إلى فعل في المستقبل وقيام محل الفعل إنما يكفيان لصحَّة اليمين عندهما أن لو كان للفعل تصوَّرٌ، حتى يقوم هذان مقامه كما في مسِّ السماء، ولا تصوَّر للفعل شرعـًا في المسألتين.

قلنا: الصوم بعد الزوال وبعد الأكل متصوَّر، ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيًا إلا أنه لم يشرع، وكذلك الصلاة مع الحيض متصوَّر؛ لأن الحيض ليس إلا درور الدم فإنه لا ينافي شرعية الصلاة، ألا ترى أن في حق المستحاضة ومن بمعناها الصلاة مشروعة، فعلم أن درور الدَّم لا ينافي شرع الصلاة إلا أنَّها لم تشرع، فشرطُ إقامة الدليل مقام المدلول التصورُ لا الوجود، بخلاف مسألة الكوز؛ لأن هناك محل الفعل ليس بقائم؛ لأن محل فعل الشرب الماءُ الذي نسبَ إلى الكوز في ذلك الوقت، وهو معدوم لا يتصور وجوده.

وأمَّا في قوله: لا يصومُ يومًا أو صومًا أو لا يصلي صلاةً مضافـًا إلى يوم منكّر، فكان الصوم أو الصلاة مذكورًا مطلقـًا عن تعيين الوقت، فاسم الصوم عند الإطلاق ينصرف إلى الصوم الشرعي؛ لأنه هو الكامل والمطلق ينصرف إلى الكامل؛ لأنه موجود من كل وجه،

(وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي صَلَاةً لَا يَحْنَثُ مَا لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيْنِ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ الصَّلَاةُ الْمُعْتَبَرَةُ شَرْعًا وَأَقَلُّهَا رَكْعَتَانِ لِلنَّهْيِ عَنِ الْبُتَيْرَاءِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

والناقص موجود من وجه دون وجه، فلا يتناوله اسم الصوم والصلاة عند الإطلاق، إلى هذا أشار في «الذخيرة»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اليَمِينِ فِي لُبْسِ الثِّيَابِ وَالحُلِيِّ وَغَيْرِ ذَلِكَ)

(وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إنْ لَبِسْتِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ فَاشْتَرَى قُطْنًا فَغَزَلَتْهُ وَنَسَجَتْهُ فَلَبِسَهُ فَهُوَ هَدْيٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُهْدِيَ حَتَّى تَغْزِلَ مِنْ قُطْنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلَفَ) وَمَعْنَى الهَدْيِ التَّصَدُّقُ بِهِ بِمَكَّةَ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُهْدَى إلَيْهَا، لَهُمَا

باب اليمين في لبس الثيـاب والحُلِيّ وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل؛ إمّا لأن يمين لبس الثياب أكثر وجودًا منه، أو اليمين بلبس الثياب مشروع وجودًا وعدمًا، بخلاف القتل والضرب.

الحُليّ: على فعول بضم الحاء وتشديد الياء جمع حَلْيٍ بفتح الحاء وسكون اللام كثُدي في جمع ثَدي، فجُمع في لقب الباب بدلالة قرانه بالثياب، وفيما بعده بلفظ الواحد؛ لأن به اكتفاء.

اعلم أن الهدي اسم لما يتصدق به بمكة؛ لأن الهدي هو ما يُهدى إلى مكة، أي: ينقل إليها على ما مرَّ في المناسك، فكان قوله: إنْ لَبِسْتِ مِنْ غَزْلِكِ فَهُوَ هَدْيٌ، أي: صدقة أتصدق بها على فقراء مكة.

فإن قلتَ: أي فرق بين التزام هدي وهو شاة وبين التزام هدي وهو ثوب وبين التزام هدي وهو عقار؟

قلتُ: ففي التزام هدي وهو شاة لا يجوز إهداء قيمتها بل يجب إراقتها والتصدق بلحمها على فقراء مكة؛ لأن القربة فيها إراقة الدم وفي الثوب يجوز التصدق به على فقراء

أَنَّ النَّذْرَ إِنَّمَا يَصِحُّ فِي المِلْكِ أَوْ مُضَافًا إِلَى سَبَبِ المِلْكِ وَلَمْ يُوجَدْ لِأَنَّ اللُّبْسَ وَغَزْلَ المَرْأَةِ لَيْسَا مِنْ أَسْبَابِ مِلْكِهِ، وَلَهُ أَنَّ غَزْلَ المَرْأَةِ عَادَةً يَكُونُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ وَالمُعْتَادُ هُوَ المُرَادُ وَذَلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ، وَلِهَذَا يَحْنَثُ إِذَا غَزَلَتْ مِنْ قُطْنٍ مَمْلُوكٍ لَهُ وَقْتَ النَّذْرِ لِأَنَّ القُطْنَ لَمْ يَصِرْ مَذْكُورًا.

مكة بعينه وبقيمته؛ لأن المقصود فيه سدّ خلة الفقير والقيمة فيه كالعين، وأمَّا التزام هدي ما لا ينتقل إلى مكة فالتزام بقيمته؛ لأنه لا يمكن نقل عينه فكان التزامه مستعارًا عن التزام قيمته، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلَهُ أَنَّ غَزْلَ المَرْأَةِ عَادَةً يَكُونُ مِنْ قُطْنِ الزَّوْجِ، فصار كأن الزوج قال: من قطني ومن قطن سأملكه، ومطلق اليمين يتقيد بما هو معتاد، وإذا تقيد بما هو معتاد كان النذر مضافًا إلى سبب الملك، وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين مسألة الولادة التي قاسا هذه المسألة عليها، وهو أن الرجل إذا قال لجاريته: كل ولد تلدينه فهو حر، فإن كانت الجارية في ملكه وقت اليمين يحنث، وإلا فلا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، والمرغيناني.

قوله: وَذَلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ، أي: الغزل من قطن الزوج سبب تملك الزوج لما غزلته، وقوله: وَلِهَذَا، إيضاح لقوله: وَذَلِكَ سَبَبٌ لِمِلْكِهِ، يعني: ألا ترى أن المرأة إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان هو سببًا؛ لأن تملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك أيضًا، وما ذاك إلا باعتبار أن غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العُرف، والعُرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكًا وقت الحلف أو لم يكن مملوكًا.

وفي «الجامع الصغير» لشمس الأئمّة السرخسي رحمه الله: وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: غزل المرأة في بيت الزوج سبب لملكه باعتبار العرف، ولهذا لو اشترى الزوج قطنًا فغزلته بغير إذنه ونسجته كان الثوب للزوج، بخلاف ما إذا غصبَ قطنًا وغزله ونسجه، أي: لا يكون الغزل للمغصوب منه بل يكون للغاصب، فباعتبار العُرف وجدت الإضافة إلى الملك بِهذا اللفظ، فاستغني عن قيام الملك في الحال لصحة الإيجاب.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَلْبَسُ حُلِيًّا فَلَبِسَ خَاتَمَ فِضَّةٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُلِيٍّ عُرْفًا وَلا شَرْعًا حَتَّى أُبِيحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ وَالتَّخَتُّمُ بِهِ لِقَصْدِ الخَتْمِ (وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ وَلِهَذَا لا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ (وَلَوْ لَبِسَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ غَيْرِ مُرَصَّعٍ لَمْ يَحْنَثْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ حُلِيٌّ حَقِيقَةً حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي القُرْآنِ،

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَلْبَسُ حَلِيًّا، بفتح الحاء وقد ذكرناه، وهو ما تتحلل به المرأة من ذهب أو فضة أو جوهر، كذا في «المغرب».

قوله: حَتَّى أُبِيحَ اسْتِعْمَالُهُ لِلرِّجَالِ، وإنما استدلَّ بهذا على أنه ليس بحليٍّ؛ لأنه لو كان حليًّا لحرم على الرجال؛ لأن التزيّن بالذهب والفضة حرامٌ على الرجال، وأمَّا حل التختم بالفضة لهم فإنما كان لغرض آخر وهو قصد الختم به لا للتزيّن، أو لمَّا كان استعماله للتزيّن ولغرض آخر كان ناقصًا في معنى الحلي.

ونظيره ما قال أبو حنيفة رحمه الله في مسألة الفاكهة وقد مرَّ.

قوله: وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ، أي: كيف ما كان سواء كان فيه فصٌّ أو لم يكن، بخلاف الفضة فإن الخاتم إذا كان فضَّة خالصة لا يحنث لما ذكرنا، وأمَّا إذا أصبغ الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فصٍّ يحنث، وهو الصحيح، كذا في «الفوائد الظهيريَّة» وغيرها، وجاء من هذا أن الخواتيم ثلاثة، في اثنين منها وهما الذهب الخالص والفضة المفْصُوصة يحنث، وفي الفضة الخالصة لا يحنث.

قوله: وَلَوْ لَبِسَ عِقْدَ لُؤْلُؤٍ غَيْرَ مُرَصَّعٍ، بنصب غَيْرَ، هكذا كان مقيدًا بقيد شيخي رحمه الله، وهو على الحال أو الصفة من عقد، والعِقْد: بالكسر القلادة، والترصيع: التركيب يقال: تاج مرصَّعٌ بالجواهر، كذا في «الصحاح»، أي: غير مرصَّع بذهب أو فضة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: حَتَّى سُمِّيَ بِهِ فِي القُرْآنِ، بِهِ، أي: بالحل، قال الله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ

وَلَهُ أَنَّهُ لا يَتَحَلَّى بِهِ عُرْفًا إِلَّا مُرَصَّعًا، وَمَبْنَى الأَيْمَانِ عَلَى العُرْفِ، وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ، وَيُفْتَى بِقَوْلِهِمَا لِأَنَّ التَّحَلِّيَ بِهِ عَلَى الِانْفِرَادِ مُعْتَادٌ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَنَامَ عَلَيْهِ وَفَوْقَهُ قِرَامٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ تَبَعُ الفِرَاشِ فَيُعَدُّ نَائِمًا عَلَيْهِ (وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ فَنَامَ عَلَيْهِ لا يَحْنَثُ) لِأَنَّ مِثْلَ الشَّيْءِ لا يَكُونُ تَبَعًا لَهُ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنِ الأَوَّلِ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَجْلِسُ عَلَى الأَرْضِ فَجَلَسَ عَلَى بِسَاطٍ أَوْ حَصِيرٍ لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّهُ لا يُسَمَّى جَالِسًا عَلَى الأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الأَرْضِ لِبَاسُهُ؛

حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النحل: ١٤]، وأنه يستخرج منه غير مرصَّع، وقال تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾ [الحج: ٢٣]، جعل اللؤلؤ حليًا؛ لأنه خرج تفسيرًا لقوله: ﴿يُحَلَّوْنَ﴾، ومن مشايخنا من قال: على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا بأس بإلباس الغلمان اللؤلؤ، وكذلك الرجال إذا لبسوه لم يكن به بأس، كذا ذكره الإمام المرغيناني، والتمرتاشي رحمهما الله.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَنَامُ، ذكر مسألة النوم على الفراش والسرير بعد مسائل الحلي؛ لأن كلًّا منهما من أسباب التنعّم.

قوله: عَلَى فِرَاشٍ، أي: على هذا الفراش بدليل **قوله:** وَإِنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِرَاشًا آخَرَ ... لا يَحْنَثُ؛ إذ لو كان على حقيقته منكرًا يحنث في هذه الصورة؛ لأنه نام على الفراش.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا حَالَ ثَوْبُهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الأَرْضِ، أي: صار ثوبه حاجزًا بينه وبين الأرض، أي: يحنث في هذه الصورة، هذا إذا حال ثوبه بينه وبين الأرض وهو لابسه، فإنه لو نزع لباسه وطرحه على الأرض وجلس عليه لا يحنث؛ لأنه حينئذٍ لم يبق ثوبه تبعًا له؛ لأن تبعيته باعتبار لبسه، وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط أو الحصير.

لِأَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا.

(وَإِنْ حَلَفَ لا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ فَجَلَسَ عَلَى سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِسَاطٌ أَوْ حَصِيرٌ حَنِثَ) لِأَنَّهُ يُعَدُّ جَالِسًا عَلَيْهِ، وَالجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ فِي العَادَةِ كَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا جَعَلَ فَوْقَهُ سَرِيرًا آخَرَ لِأَنَّهُ مِثْلُ الأَوَّلِ فَقَطَعَ النِّسْبَةَ عَنْهُ.

قوله: لِأَنَّهُ تَبَعٌ لَهُ - أي: لأن ثوب الجالس تبع للجالس - فَلَا يُعْتَبَرُ حَائِلًا، فيحنث وكذلك قوله: لَوْ حَلَفَ لا يَجْلِسُ عَلَى سَرِيرٍ، أي: على هذا السرير، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اليَمِينِ فِي الضَّرْبِ وَالقَتْلِ وَغَيْرِهِ)

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ إِنْ ضَرَبْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَمَاتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ عَلَى الحَيَاةِ)؛ لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ، وَالإِيلَامُ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ.

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

قوله: وَغَيْرِهِ، أي: الغسل والكسوة.

قوله: لِأَنَّ الضَّرْبَ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ يَتَّصِلُ بِالبَدَنِ، وقيل: الضرب استعمال آلة التأديب في محل قابل للتأديب بالإيلام.

فإن قيل: يشكل هذا بقوله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤]، فقد برَّ أيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر وإن لم يوجد الإيلام؛ لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش أو ريحان، فلم يكن لمجموعه إيلام فكيف لأجزائه؟

قلنا: جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنصِّ في حقِّ أيوب عليه السلام خاصَّة إكرامًا له في حق امرأته تخفيفًا عليها لعدم جنايتها، بخلاف القياس فلا يلحق غيره به؛ لأنه لو ألحق غيره به في هذا يبطل الاختصاص.

ثم هذا إذا لم يكن لأجزاء الضغث إيلام على ما ذكر من تفسير الضغث بأنه حزمة من حشيش أو ريحان، ورُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الضغث عبارة عن قبضة من الشجر، فجاز أن يصيبها ألم أجزائها حينئذٍ، فكان حكمه باقياً في شريعتنا أيضاً، والدليل على صحَّة هذا ما ذكره في «الكشَّاف» في تفسير هذه الآية بقوله: وهذه الرخصة باقية، وعن النبي

وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي القَبْرِ تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ فِي قَوْلِ العَامَّةِ وَكَذَلِكَ الكِسْوَةُ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ عِنْدَ الإِطْلَاقِ، وَمِنْهُ الكِسْوَةُ فِي الكَفَّارَةِ وَهُوَ مِنَ المَيِّتِ لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ

صلَّى الله عليه وسلَّم أنه أُتِيَ بمخْدَج قد خبثَ بأمة، فقال: «خذوا عُثكالًا فيه مائة شِمْراخ فاضربوه بِها ضربةً»[1]، ويجبُ أن يصيب المضروب كلَّ واحد من المائة، إمَّا أطرافها قائمة، وإمَّا أعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ومن حلف ليضربن فلانًا مائة سوط فضربه بِها ضربة واحدة، إن وصل إليه كل سوط بحياله برَّ في يمينه، والإيلام شرط فيه؛ لأن القصد من الضرب الإيلام.

قوله: وَمَنْ يُعَذَّبُ فِي القَبْرِ، هذا جواب سؤال يرد على **قوله:** وَالإِيلَامُ لا يَتَحَقَّقُ فِي المَيِّتِ، بأن قيل: يشكل بعذاب الميت في القبر، فأجاب عنه بأنه تُوضَعُ فِيهِ الحَيَاةُ فِي قَوْلِ العَامَّةِ، وإنما قيَّد **بقوله:** فِي قَوْلِ العَامَّةِ، احترازًا عن قول أبي الحسين الصالحي، فإن عنده يعذب الميت من غير حياة؛ إذ الحياة عنده ليست بشرط لثبوت العلم، كذا ذكر في «تبصرة الأدلة».

قوله: وَكَذَلِكَ الكِسْوَةُ - يعني: لو قال: إن كسوتك فعبدي حرٌّ، فكساه بعد الموت لا يحنث - لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ، بِهِ: أي: بالكسوة على تأويل الاكتساء، والميت ليس بأهل للتمليك، ألا ترى أنه لو تبرع عليه أحد بالكفن ثم أكله السبع يعود الكفن إلى المتبرع لا إلى وارث الميِّت، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

ولو حلف لا يلبس فلانًا فلبسه بعد ما ماتَ حنث، والفرق أن الكسوة عبارة عن تمليك ما يقع به الاكتساء، وأنه مراد بقوله: أو كسوتهم، ويقال: إن الأمير كسا فلانًا، أي: ملكه كسوة، فأمَّا الإلباس فعبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك.

قوله: إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ بِهِ السَّتْرَ، أي: بالكسوة فحينئذٍ يحنث؛ لأن فيه تشديدًا عليه.

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): المُخدج: ناقص الخلق، والعُثكال: عنقود النخل، والشمراخ: شعبة منه، وقيل: العثكال: الغُصن.

بِهِ السَّتْرَ، وَقِيلَ بِالفَارِسِيَّةِ يَنْصَرِفُ إِلَى اللُّبْسِ (وَكَذَا الكَلَامُ وَالدُّخُولُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الكَلَامِ الإِفْهَامُ وَالمَوْتُ يُنَافِيهِ، وَالمُرَادُ مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ زِيَارَتُهُ وَبَعْدَ المَوْتِ يُزَارُ قَبْرُهُ لا هُوَ. (وَلَوْ قَالَ: إِنْ غَسَّلْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ فَغَسَّلَهُ بَعْدَ مَا مَاتَ يَحْنَثُ) لِأَنَّ الغُسْلَ هُوَ الإِسَالَةُ وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المَيِّتِ. (وَمَنْ حَلَفَ لا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِفِعْلٍ مُؤْلِمٍ

وكذلك الكلام والدخول بأن قال: لا يكلم فلاناً أو قال: لا يدخل على فلان، فكلمه بعد ما ماتَ أو دخل عليه بعد ما ماتَ لا يحنث في يمينه؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الكَلَامِ الإِفْهَامُ وَالمَوْتُ يُنَافِيهِ.

فإن قيل: «إن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم كلم أصحاب القليب حيث سمَّاهم بأسمائهم فقال: هل وجدتم ما وعد ربكم حقًّا؟ فقد وجدتُ ما وعد ربي حقًّا».

قلنا: قد أنكرت عائشة رضي الله عنها هذا الحديث وقالت: كيف يصح هذا وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ لَا تُسْمِعُ ٱلْمَوْتَىٰ﴾ [النمل: ٨٠]، ثم لو صحَّ ذلك كان ذلك معجزةً لرسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم على ما رُوي عن عُمر رضي الله عنه قال له: أتكلم قومًا قد جيفوا؟ فقال: لستم بأسمع لكلامي منهم، وقيل: المقصود بذلك وعظ الأحياء لا إفهام الموتى.

ونظيره ما رُوي: «أنَّ عليًّا رضي الله عنه كان إذا أتى المقابر قال: عليكم السلام ديار قوم مؤمنين، أما نساؤكم فقد نكحت، وأما أموالكم فقد قسمت، وأمَّا دُوركم فقد سكنت، فهذا خَبرُكم عندنا، فما خَبرُنا عندكم؟»، وكان يقول: سل الأرض من شق أنْهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك، فإن لم تجبك حوارًا أجابتك اعتبارًا، وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للجمادات والموتى.

قوله: وَمَعْنَاهُ التَّطْهِيرُ وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المَيِّتِ، ألا ترى أن من صلَّى وهو يحمل ميتاً مسلماً لم يغسل بعدُ لا تجوز، ولو كان غسيلًا تجوز صلاته.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ، قالوا: هذا

وَقَدْ تَحَقَّقَ الإِيلَامُ (وَقِيلَ لا يَحْنَثُ فِي حَالِ المُلَاعَبَةِ) لِأَنَّهُ يُسَمَّى مُمَازَحَةً لا ضَرْبًا.

إذا كانت اليمين بالعربية، فإن كانت بالفارسية لا يحنث، كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

وقال في «الأصل»: أو وجأها أو قرصها، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يحنث؛ لأن هذه الأشياء لا تسمى ضربًا عادةً.

ولنا أن هذه الأفعال ضرب؛ إذ الضرب عبارة عن الإيجاع والإيلام وقد وجد، وفي العُرف يقول من فعل به هذه الأشياء: إن فلانًا ضربني، هذا كله في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَمَدَّ شَعْرَهَا أَوْ خَنَقَهَا أَوْ عَضَّهَا حَنِثَ؛ لأن المقصود من الضرب الإيلام وقد وجد في العض وغيره.

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا قال: إن أديتَ الألف التي ليَ عليك من هذا الكيس الأبيض فعبده حرٌّ، فدفعه من الكيس الأسود لا يحنث وإن كان المقصود وصول حقه له وهو قد وجد.

قلنا: علق حصول حقه هناك من الكيس الأبيض ولم يوجد فلا يوجد المشروط قبل الشرط، وهنا علق الحكم بمطلق الضرب فمدُّ الشعر والعض من أنواع الضرب لجامع معنى الإيلام فيه، فبوجود العض كان الضرب موجودًا فيحنث في يمينه كذلك لوجود الضرب، كذا نقل من فوائد الإمام حميد الدين رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ لا يَحْنَثُ فِي حَالِ المُلَاعَبَةِ، أي: وإن آلمها وأوجعها؛ لأنه لم يتعارف هذا ضربًا بل ممازحة، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وهذا يدل على أنه لو ضربها بآلة في حالة الملاعبة لا يحنث أيضًا؛ لأنه يسمَّى ممازحة لا ضربًا، وفي «التفاريق»: الضرب لا يقع على الرمي بحجر أو غيره، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

فإن قلت: قد تشابهت المسائل؛ وذلك لأن يمين الضرب لا يخلو: إما إن كانت متعلقة

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَقْتُلْ فُلَانًا فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَفُلَانٌ مَيِّتٌ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ حَنِثَ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى حَيَاةٍ يُحْدِثُهَا اللهُ فِيهِ وَهُوَ مُتَصَوَّرٌ فَيَنْعَقِدُ ثُمَّ يَحْنَثُ لِلْعَجْزِ العَادِيِّ (فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ عَقَدَ يَمِينَهُ عَلَى حَيَاةٍ كَانَتْ فِيهِ وَلا تُتَصَوَّرُ فَيَصِيرُ قِيَاسُ مَسْأَلَةِ

بصورة الضرب عرفـًا، وهي إيقاع آلة التأديب في محل قابل له، أو بمعناه وهو الإيلام، أو بهما، فلو قلتَ بصورته ينتقض بمدِّ الشعر في حالة الغضب، فإنه لم يوقع آلة التأديب في المضروب بل مدَّ شعره من بعيد ومع ذلك يحنث، ولا يسمى هو والعضّ والخنق ضربًا في العرف أيضـًا، بدليل تغاير الأسماء من المدِّ والعضِّ والخنق، ولو قلتَ بمعناه ينتقض بالرمي بالحجر، ففيه إيلام أيضًا ومع ذلك لا يحنث، ولو قلتَ بِهما ينتقض بالضرب مع الإيلام في حالة الممازحة حيث وجدَ الضرب بصورته ومعناه، ومع ذلك لا يحنث فلا بدَّ من أصل جامع بينهما.

قلتُ: الأصل فيه هو أن الحالف لو حصّل في جنس هذه المسائل ما هو شرط الحنث لفظـًا وعرفًا يحنث، فأمّا إذا حصّل أحدهما دون الآخر فلا يحنث، وبيان هذا في مسألتين:

إحداهما: إذا حلفَ وقال: إن بعتُ هذا الثوب بعشرة فعبدي حر، يعني: (اگر فروشم اين جامه را بدَهْ، فهو كذا)، فباعه بتسعة لا يحنث؛ لأنه إن وجد شرط الحنث عرفـًا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظـًا؛ لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل منها، بل يبيع بأزيد من عشرة، ولو باعه بأحد عشر لم يحنث أيضـًا؛ لأنه وإن وجد شرط الحنث لفظـًا؛ لأنه لمّا باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضًا؛ لأن في أحد عشر عشرة لكن لم يوجد عرفـًا فلا يحنث، فبعد ذلك التقريب ظاهر، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: ثُمَّ يَحْنَثُ لِلْعَجْزِ العَادِيِّ، هو منسوبٌ إلى العادة فصار هو في التقدير: للعجز العادتِيِّ فيه، إلا أن تاء التانيث تسقط في القياس عند النسبة قياسًا مطردًا فتقول: بصري وكوفي؛ إذ لو لم يسقط يلزم أن يقال في المنسوب المؤنث: بصرتيَّةٌ؛ لما أن تاء التأنيث تلزم آخر الكلمة، والجمع بين تائي التأنيث لا يجوز، والمعنى العام فيه هو أن ياء النسبة بمنزلة تاء التأنيث حيث قالوا: روميٌّ ورومٌ، كما قالوا: تمرةٌ وتمرٌ، فلو لم يحذف لكان جمعًا بين التائين تقديرًا إن لم يكن تحقيقـًا في المنسوب المذكر، كما في العجز العادي، بخلاف

الكُوزِ عَلَى الِاخْتِلَافِ، وَلَيْسَ فِي تِلْكَ المَسْأَلَةِ تَفْصِيلُ العِلْمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ.

القدرة العادية.

قوله: وَلَيْسَ فِي تِلْكَ تَفْصِيلُ العِلْمِ، أي: ليس في مسألة الكوز تفصيل العلم.

وقوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عمَّا ذكر في «شرح الطحاوي» فقال فيه: ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق، فإنه يحنث بالاتفاق، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية أخرى: أنه لا يحنث علم أو لم يعلم، وهو قول زفر، والصحيح ما ذُكر في الكتاب، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في مسألة الكوز، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ اليَمِينِ فِي تَقَاضِي الدَّرَاهِمِ)

(وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَهُوَ عَلَى مَا دُونَ الشَّهْرِ، وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ) لِأَنَّ مَا دُونَهُ يُعَدُّ قَرِيبًا، وَالشَّهْرُ وَمَا زَادَ عَلَيْهِ يُعَدُّ بَعِيدًا، وَلِهَذَا يُقَالُ عِنْدَ بُعْدِ العَهْدِ مَا لَقِيتُكَ مُنْذُ شَهْرٍ (وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ فُلَانًا دَيْنَهُ اليَوْمَ فَقَضَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فُلَانٌ بَعْضَهَا زُيُوفًا أَوْ نَبَهْرَجَةً أَوْ مُسْتَحَقَّةً لَمْ يَحْنَثِ الحَالِفُ) لِأَنَّ الزِّيَافَةَ

باب اليمين في تقـاضي الدراهم

لمَّا كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في البياعات والإجارات وغيرهما، أخَّر اليمين التي تتعلق بها، وخصَّ الدراهم دون الدنانير؛ لأنها أكثر استعمالًا من الدنانير، حتى قُدِّر أقل المهر في النكاح والنصاب في السرقة بها دون الدنانير.

ثمَّ لقب الباب باسم ليست مسائل الباب بذلك الاسم؛ لأن تقاضي الدين واستقضاه طلب قضائه، ومسائل الباب بلفظ القضاء وهو الأداء، وبلفظ القبض، وبلفظ عدد الدراهم؛ إلا أن التقاضي سببٌ للقضاء والقبض وعدِّ الدراهم، فلقَّب الباب باسم هو سببٌ لهذه الأفاعيل.

قوله: وَإِنْ قَالَ إِلَى بَعِيدٍ فَهُوَ أَكْثَرُ مِنَ الشَّهْرِ، والحكم في الشهر كذلك أكثر أيضًا، إلا أنه ذكر الأكثر بمقابلة ما دون الشهر الذي ذكر قبله.

الزيوف: من زافت عليه دراهمه، أي: صارت مردودة عليه لغشٍّ فيها، وقد زُيِّفت إذا رُدَّت، وقيل: هي البَهْرج في الرداءة؛ لأن الزيف ما يرده بيت المال، والبَهْرج ما يرده التجار، وقياس مصدره الزيوف، وأمَّا الزيافة فمن لغة الفقهاء، كذا في «المغرب».

عَيْبٌ وَالعَيْبُ لا يُعْدِمُ الجِنْسَ، وَلِهَذَا لَوْ تَجُوزُ بِهِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا، فَوُجِدَ شَرْطُ البِرِّ وَقَبْضُ المُسْتَحَقَّةِ صَحِيحٌ وَلا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرِّ المُتَحَقِّقَ.

قوله: فَوُجِدَ شَرْطُ البِرِّ، وهو قضاء دينه في اليوم.

قوله: وَلا يَرْتَفِعُ بِرَدِّهِ البِرِّ المُتَحَقِّقَ، فإن قلتَ: ما الفرق بين قضاء الدين وبين تحقيق البر، حيث يرتد القضاء عند ردِّ الدراهم بعيب أنَّها زيّف أو نبَهْرج، أو عند أخذ المستحق، ولا ينقض البر المتحقق به مع أن لقضاء الدين كان هذان الوصفان، أعني: إسقاط الدين عن ذمته وتحقيق البر متعلقين به، فيقرر البِرُّ على حاله وارتدَّ القضاء.

قلتُ: الفرق بينهما هو أن المستوفى في باب الدين مثل ما في الذمة، لا عين ما في الذمة حقيقةً وشرعًا، أمَّا حقيقةً فلا يشكل؛ لأن ما في الذمة وصف وهذا عين، وأمَّا شرعًا فلأنه لا ضرورة إلى إسقاط اعتبار الحقيقة؛ لأن الاستبدال بالديون جائز، وإذا كان كذلك كان الدين مقضيًّا نظرًا إلى أداء مثل ما في الذمة، وهذه الدراهم وإن كانت معيبة فهي مثل ما في الذمة؛ لأنَّها من جنس الدراهم فيتحقق البر به؛ لأن البرَّ كان متعلقًا بقضاء الدين وقد وجد القضاء فوجد البرُّ، فلمَّا وجد البرُّ قد انحل اليمين فلا يحنث بعد الانحلال وإن وجد الرد.

وأمَّا المقبوض في باب الصرف والسلم فهو عين ما في ذمته حكمًا، ألا ترى أن الاستبدال بهما لا يجوز، فإذا رُدَّت بعيب أنها زيف أو نبَهْرج انتقض القبض فيهما من الأصل، وأمَّا في غيرهما من الدُّيون فلمَّا ردها علم أنه لم يرض بنقصان حقه، فله أن يطالبه مثل حقه سليمًا عن العيوب، إلى هذا أشار في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر في «الإيضاح»: والقبض وإن انتقض بالردِّ ولكن اليمين قد انحلت قبل الردِّ لوجود شرطه وهو قبض الحق، فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة؛ لأن الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين.

السَّتُّوق: بالفتح هو أردأ من النبهرج، وعن الكرخي: السَّتُّوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر، وقيل: هو تعريب (سه تِه)، كذا في «المغرب».

(وَإِنْ وَجَدَهَا رَصَاصًا أَوْ سَتُّوقَةً حَنِثَ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حَتَّى لَا يَجُوزَ التَّجَوُّزُ بِهِمَا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ (وَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا وَقَبَضَهُ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ طَرِيقُهُ الْمُقَاصَّةُ وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ فَكَأَنَّهُ شَرَطَ الْقَبْضَ لِيَتَقَرَّرَ

فلمَّا لم يكن الستوقة مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ حنث في يمينه، بخلاف الزيُوف والنَّبهرج، وكذا المكاتب لو أدَّى بدل الكتابه إلى مولاه وحكم بعتقه ثمَّ وجد البدل ستوقة لم يعتق، ولو وجد زُيوفـًا أو نبهرجة أو مستحقة لم يبطل العتق، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قولـه: فَإِنْ بَاعَهُ بِهَا عَبْدًا، أي: فإن باع المديون الحالف ربّ الدين بمقابلة الدراهم التي عليه عبدًا، وقبض العبدَ ربُّ الدين كان المديون بارًّا في يمينه؛ وإنما كان كذلك لأن قضاء الدين حقيقةً لا يتصور؛ لأن القضاء يصادف العين، وحق صاحب الدين في الدين دون العين، ولهذا قال مشايخنا: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، ولكن طريق قضاء الدين المقاصَّة، ووجه ذلك هو أن ما يقبضُه ربُّ الدين يصير مضمونًا عليه؛ لأنه يقبضه لنفسه على وجه التملك، ولرب الدين على المديون مثله، أي: مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصًا، وإذا ثبتَ أن طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصَّة بين الدين وبين ثمن العبد، فكان ثمن العبد قضاءً؛ لأن ثمن العبد آخر الدينين وجوبـًا، وآخر الدينين وجوبًا قضاءٌ لأوَّلهما وجوبـًا، بخلاف ما إذا وهبها له؛ إذ ليس فيها قضاء واقتضاء بل هي إسقاط وإبراء، غير أنه إن لم يبرأ لم يحنث عندهما أيضًا؛ لفوات المحلوف عليه وهو الدين، وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين على ما عُرف في مسألة الكوز، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قولـه: وَقَدْ تَحَقَّقَتْ بِمُجَرَّدِ الْبَيْعِ؛ - لأن ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الأوَّل - فَكَأَنَّهُ شَرَطَ الْقَبْضَ لِيَتَقَرَّرَ بِهِ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: وشرط قبض العبد؛ لأنه لا يصير مقتضيًا تامًّا إلا بقبضه؛ لجواز أن يهلك قبل القبض، فيبطل البيع ويعود الدين، وكذا لو رُدَّ العبد بعيب أو استحق كان قد برَّ.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: هذا إذا حلف المديون، فإن حلف صاحب الدين فقال: إن لم أقبض ما لي عليك أو إن لم أستوف، فقبض عوضًا بالدين برَّ في يمينه لما قلنا،

بِهِ (وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ) يَعْنِي الدَّيْنَ (لَمْ يَبَرَّ) لِعَدَمِ الْمُقَاصَّةِ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فِعْلُهُ، وَالْهِبَةُ إِسْقَاطٌ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ. (وَمَنْ حَلَفَ لا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْبِضَ جَمِيعَهُ)؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَبْضُ الكُلِّ وَلَكِنَّهُ بِوَصْفِ

وكذا لو وكَّل وكيلًا فقبض وكيله؛ لأن فعل الوكيل كفعل الموكل.

قوله: وَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ - أي: الدراهم التي هي دين - لَمْ يَبَرَّ، فكما أنه لم يبَرَّ لم يحنث أيضًا على ما ذكرنا من «الفوائد الظهيريَّة»؛ لأن بالهبة أسقط صاحب الدين حقه بالإبراء، وما قضى المطلوب شيئًا فالقضاء فعل يكون من المديون، فلا بُدَّ من أن يتصل منه إلى صاحب الدين شيء، والإبراء والهبة تكون من صاحب الدين فلا يصير المديون به قاضيًا وإن سقط الدين عنه، فلهذا لم يبر في يمينه، كذا ذكره الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله.

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَقْبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَمًا دُونَ دِرْهَمٍ فَقَبَضَ بَعْضَهُ لَمْ يَحْنَثْ، معناه: (دِرَمِى بى دِرَمِى نه گيرم، يعني: همه را بيكبار گيرَم)، فشرط الحنث قبض الجميع بوصف التفرق، فما لم يقبض جميعه متفرقًا لا يحنث.

وذكر صورة المسألة في «الجامع الكبير» أبين من هذا فقال: رجل له على آخر مائة درهم فماطَلَه في ذلك، ثم بعد ذلك أراد أن يؤديها منجّمًا فقال: عبده حر إن أخذتها منك اليوم درهمًا دون درهم، فأخذ منها في اليوم خمسة دراهم ولم يأخذ الباقي حتى غابت الشمس لم يحنث؛ لأن شرط الحنث أخذ المائة في اليوم على التفاريق ولم يوجد؛ لأن الكناية في قوله: أخذتها عائدة إلى المائة، وقوله: درهمًا دون درهم عبارة عن التفاريق، فصار كأنه قال: إن أخذتُ المائة متفرقة في اليوم، ولم يأخذها لم يحنث، كذا في «نثر النظم»[(١)].

قوله: لِأَنَّ الشَّرْطَ - أي: شرط الحنث - قَبْضُ الكُلِّ وَلَكِنَّهُ بِوَصْفِ التَّفَرُّقِ، يعني:

(١) يريد الشارح رحمه الله على الأغلب كتاب «نثر النظم وحل العقد» لأبي منصور، عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي، النيسابوري، أديب، ناثر، ناظم، لغوي، إخباري، بيانِي، ولد سنة (٣٥٠ هـ) وتوفي سنة (٤٢٩ هـ)، وهو مصنِّف «فقه اللغة وسر العربية»، و«سحر البلاغة وسر البراعة» وغيرهما، و«نثر النظم وحل العقد» طبع في بيروت من دار الرائد سنة (١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).

التَّفَرُّقِ، أَلَا يُرَى أَنَّهُ أَضَافَ القَبْضَ إِلَى دَيْنٍ مُعَرَّفٍ مُضَافٍ إِلَيْهِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى كُلِّهِ فَلَا يَحْنَثُ إِلَّا بِهِ (فَإِنْ قَبَضَ دَيْنَهُ فِي وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشَاغَلْ بَيْنَهُمَا إِلَّا بِعَمَلِ الوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَفْرِيقٍ) لِأَنَّهُ قَدْ يَتَعَذَّرُ قَبْضُ الكُلِّ دَفْعَةً وَاحِدَةً عَادَةً فَيَصِيرُ هَذَا القَدْرُ مُسْتَثْنًى مِنْهُ.

(وَمَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ لِي إِلَّا مِائَةُ دِرْهَمٍ فَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ فَلَا يَمْلِكُ إِلَّا خَمْسِينَ دِرْهَمًا لَمْ يَحْنَثْ) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ عُرْفًا نَفْيُ مَا زَادَ عَلَى المِائَةِ وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ المِائَةِ اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ غَيْرَ مِائَةٍ أَوْ سِوَى مِائَةٍ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ أَدَاةُ الِاسْتِثْنَاءِ.

أن شرط الحنث شيئان: أحدهما قبض الكل، والثاني وصف التفرق فيه، فإذا وجد أحدهما دون الآخر لا يحنث، ثم هاهنا عند قبض البعض وإن وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث.

قوله: وَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ المِائَةِ اسْتِثْنَاؤُهَا بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، فكان استثناء الخمسين داخلًا تحت استثناء المائة؛ لأن الخمسين من أجزاء المائة فلذلك لا يحنث، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ)

(وَإِذَا حَلَفَ لا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ نَفَى الفِعْلَ مُطْلَقًا فَعَمَّ الِامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفْيِ (وَإِنْ حَلَفَ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا فَفَعَلَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً بَرَّ فِي يَمِينِهِ) لِأَنَّ المُلْتَزَمَ فِعْلٌ وَاحِدٌ غَيْرُ عَيْنٍ، إِذِ المَقَامُ مَقَامُ الإِثْبَاتِ فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ،

مسـائلُ متفرقة

هما خبر مبتدأ محذوف، أي: هذه المسائل التي أذكرها مسائلُ متفرقةٌ على الموصوف والصفة، إلا أن الأول بغير التنوين لعدم انصرافه والثاني بالتنوين، فمن دأب المصنفين ذكر ما شذَّ من الأبواب في آخر الكتاب، كما ذكر في «المصباح»[1] بقوله: والخامس في فصول من العربية.

قوله: فَعَمَّ الِامْتِنَاعُ ضَرُورَةَ عُمُومِ النَّفْيِ؛ لأن عموم النفي لا يفيد فائدته إلا عند عموم الامتناع، ثم إنَّما عم النفي لأن قوله: لا يَفْعَلُ، يقتضي مصدرًا نكرةً، أمَّا يقتضي مصدرًا لأن الفعل لا ينفك عنه، وأمَّا نكرةً لأن الفعل يقتضي مرَّة من الأفعال لا محالة ليتقنها، فإن إثبات ما وراء الواحد مشكوك، فكان المتيقن أَوْلَى بالإثبات، والواحد إنما يكون بالنكرة، ثم النكرة في موضع النفي تعم، وفي موضع الإثبات تخفف لما عرف في «الوافي».

قوله: فَيَبَرُّ بِأَيِّ فِعْلٍ فَعَلَهُ، أي: مختارًا أو مكرهـًا أو ناسيـًا أو بطريق التوكيل، كذا بخط شيخي رحمه الله.

(١) يريد الشارح رحمه الله كتاب «المصباح» في النحو للإمام ناصر الدين بن عبد السيد المطرزي، النحوي، المتوفى سنة (٦١٠ هـ)، انظر: «كشف الظنون» (٢/ ١٧٠٨).

وَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِوُقُوعِ اليَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الفِعْلِ.

(وَإِذَا اسْتَحْلَفَ الوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ دَاعِرٍ دَخَلَ البَلَدَ فَهَذَا عَلَى حَالِ وِلَايَتِهِ خَاصَّةً) لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ دَفْعُ شَرِّهِ أَوْ شَرِّ غَيْرِهِ بِزَجْرِهِ فَلَا يُفِيدُ فَائِدَتَهُ بَعْدَ زَوَالِ سَلْطَنَتِهِ، وَالزَّوَالُ بِالمَوْتِ وَكَذَا بِالعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

قوله: وَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِوُقُوعِ اليَأْسِ عَنْهُ وَذَلِكَ بِمَوْتِهِ أَوْ بِفَوْتِ مَحَلِّ الفِعْلِ عنه، هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقاً غير مؤقت بوقت، وأمَّا إذا عقد يمينه مؤقتاً بوقت فلا يحنث قبل مضي الوقت، وإن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل، والفرق بين المؤقت وغير المؤقت هو أن اليمين إذا كانت غير مؤقته بوقت انعقدت موجبة للبر، وإذا فاتَ البر باعتبار العجز الظاهر انحلت اليمينُ، وإذا كانت مؤقته بوقت كان الوقت مانعًا من الانحلال؛ إذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدةً، فإذا امتنع الانحلال قبله لم تقع التفرقه بين وقت ووقت، فما لم يمض الوقت لم تنحل اليمين، كذا في «الإيضاح».

الداعر: الخبيث المفسد، ومصدره الدعارة، وهي من قولهم: عودٌ دَعِر، أي: كثير الدخان، كذا في «المغرب».

قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ ... دَفْعُ شَرِّهِ - أي: شرِّ الداعر - أَوْ شَرِّ غَيْرِهِ بِزَجْرِهِ، أي: أو دفع شرِّ غير الداعر بسبب زجر الداعر، أي: إذا زجره الوالي وضربه وأدَّبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت هي في قصده ونيته، وهذا كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، أي: الحياة ثابتة لكم شرعًا واستبقاءً، أي: يبقى المقصود بالقتل حيًّا بسبب شرعيَّة القصاص؛ لأنه يمتنع القاصد حينئذٍ ويبقى أولياء القتيل أحياء عند استيفاء القصاص، فكذلك هاهنا لمَّا كان مقصود المستحلف زجر الداعر أو انزجار غيره بزجره كان الاستحلاف مقيدًا بوقت ولايته، حتى يفيد الاستحلاف فائدته؛ لأنه إنما يتمكن من زجر الداعر بالضرب والتأديب حال قيام ولايته وسلطنته لا بعد العزل والموت.

قوله: وَكَذَا بِالعَزْلِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احتراز عمَّا رُوي عن أبي يوسف رضي الله عنه،

(وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ فَوَهَبَهُ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرَّ فِي يَمِينِهِ) خِلَافًا لِزُفَرَ فَإِنَّهُ يَعْتَبِرُهُ بِالبَيْعِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مِثْلُهُ، وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَيَتِمُّ بِالمُتَبَرِّعِ وَلِهَذَا يُقَالُ وُهِبَ وَلَمْ يَقْبَلْ، وَلِأَنَّ المَقْصُودَ إِظْهَارُ السَّمَاحَةِ وَذَلِكَ يَتِمُّ بِهِ، أَمَّا البَيْعُ فَمُعَاوَضَةٌ فَاقْتَضَى الفِعْلَ مِنَ الجَانِبَيْنِ.

فإنه يقول: يجب الإعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضًا؛ لأنه مفيد في الجملة، ثم إن الحالف لو علم دخول الداعر البلدَ ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحنث بمجرد أنه لم يعلم؛ لأنه جعل شرط الحنث ترك الإعلام، وبالتأخير لا يتحقق الترك ما دام سلطانـًا، فأمَّا إذا لم يعلمه حتى مات المستحلف أو عزل فحينئذٍ يحنث الحالف ولا ينفعه إعلام السلطان الثاني الذي جاء بعده؛ لأن يمينه انعقدت على إعلام الأول، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلَانٍ، إلى آخره، ذكر الإمام التمرتاشي صورة المسألة فقال: حلف لا يهب لفلان فوهبه ولم يقبل حنث، وقال زفر: لا يحنث ما لم يقبلها ويقبضها؛ لأن الهبة لا تصح إلا بها، ولنا: أن الهبة اسم لإيجاب الملك من جانب وقد وُجد.

وفي «الذخيرة»: الهبة هيَ التمليك من جانب الواهب، وذلك في قوله: وهبتُ، ولا تعلق له بالقبول، وإنما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة، وشرط الحنث نفس الهبة لا حكمها. وفي «جامع بكر رحمه الله»: هذا كما لو حلف: لا يقوله بشيء أو لا يوصي، ففعل ولم يقبل الآخر حنث.

ثم اختلف أصحابنا، قال بعضهم: الملك يثبت قبل القبول إلا أن بالرد ينتقض دفعًا لضرر المنَّة، وقال بعضهم: لا يثبت لاحتمال أن يكون الموهوب محرمـًا للموهوب له فيعتق، فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول، بخلاف البيع والإجارة والكتابة؛ لأنه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما، وكذا كل عقد فيه بدل؛ والصدقة، والعطية، والهدية، والتخلي، والعمرى، والإعارة كالهبة، وفي «الكفاية»: وكذا القرض، وعن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى: أن قبول المستقرض شرط؛ لأن القرض في حكم المعاوضة.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَشُمُّ رَيْحَانًا فَشَمَّ وَرْدًا أَوْ يَاسَمِينًا لا يَحْنَثُ) لِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا لا سَاقَ لَهُ وَلَهُمَا سَاقٌ (وَلَوْ حَلَفَ لا يَشْتَرِي بَنَفْسَجًا وَلا نِيَّةَ لَهُ فَهُوَ عَلَى دُهْنِهِ) اعْتِبَارًا

قوله: وَمَنْ حَلَفَ لا يَشُمُّ رَيْحَانًا، إلى آخره، الريحان هو كل ما طابَ ريحه من النبات، وعند الفقهاء: الريحان ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس، والوردُ ما لورقه رائحة طيبة فحسبُ كالياسمين، كذا في «المغرب».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: فلو حلف لا يشم الريحان فشمَّ وردًا أو ياسميناً لا يحنث، واعتبار الحقيقة يقتضي الحنث؛ لأن الريحان اسم لما له رائحة مستلذَّة، وفي عرف أهل العراق اسم لما لا قيامَ له على الساق من البقول ممَّا له رائحة طيبة، ويستنبت في كل عام كالضومران[1] ونحوها، وليسَ لساق الورد والياسمين رائحة مستلذَّة، وقد يكون للتفاح ذلك ولا يسمى ريحاناً.

وقال في «المبسوط»: ولو حلف لا يشم ريحاناً فشم آسًا أو ما أشبهه من الرياحين حنث، وإن شم الورد أو الياسمين لا يحنث؛ لأنَّهما من جملة الأشجار، والرياحين اسم لما ليس له شجر، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿وَٱلنَّجْمُ وَٱلشَّجَرُ يَسْجُدَانِ ۝٦﴾ [الرحمن: ٦] إلى أن قال: ﴿وَٱلْحَبُّ ذُو ٱلْعَصْفِ وَٱلرَّيْحَانُ ۝١٢﴾ [الرحمن: ١٢]، وقد جعل الريحان غير الشجر، فعرفنا أن ما له شجر ليس بريحان وإن كانت له رائحة مستلذَّة؛ ولأن الريحان إنما يطلق على ما ينبت من بزره ممَّا لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة، وشجرة الورد والياسمين ليس لعينه رائحة، إنما الرائحة للورد خاصة فلا يكون من جملة الرياحين.

قوله: وَلَوْ حَلَفَ لا يَشْتَرِي بَنَفْسَجًا، بفتح الباء، هكذا كان مقيدًا بخط شيخي رحمه الله في المواضع كلها.

وفي «المبسوط»: وإذا حلف لا يشترى بنفسجًا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا، ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله؛ لأنه يعتبر حقيقة لفظه، وما اشترى عين البنفسج؛ لأن المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه، ولكنا نعتبر العرف، فإذا أطلق البنفسج يراد به

(١) في هامش نسخة فيض الله أفندي – الأولى (ف١): الضومران: ضرب من الرياحين.

لِلْعُرْفِ وَلِهَذَا يُسَمَّى بَائِعُهُ بَائِعَ الْبَنَفْسَجِ وَالشِّرَاءُ يَنْبَنِي عَلَيْهِ وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يَقَعُ عَلَى الْوَرَقِ (وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ) لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ وَالْعُرْفُ مُقَرِّرٌ لَهُ، وَفِي الْبَنَفْسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج، فيصير هو بشرائه مشتريًا للبنفسج أيضًا، ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث.

وذكر الكرخي رحمه الله في كتابه أنه يحنث أيضًا، وهذا شيء يبتني على العُرف، ففي عُرف أهل الكوفة في ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وإنما يُسمى به بائع الدهن، فبنى الجواب في الكتاب على ذلك، ثم شاهد الكرخي رحمه الله عُرف أهل بغداد أنَّهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضًا وقال: يحنث، وهكذا في ديارنا، ولا نقول: أن اللفظ في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز، ولكن فيهما حقيقة؛ إذ يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز.

والْخَيْرِيُّ كالبنفسج، وأمَّا الورد والحِنَّا قال: فإنِّي أستحسن أن أجعله على الورق والورد إذا لم يكن له نية، وإن اشترى دهنهما لم يحنث.

قوله: وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الْوَرْدِ فَالْيَمِينُ عَلَى الْوَرَقِ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ؛ - لأن الورد حقيقة في ورق الورد - وَالْعُرْفُ مُقَرِّرٌ لَهُ، أي: أن اسم الورد على الورق حقيقة، ففي العُرف أيضًا يفهم عند ذكرالورد ورقه، فكان العُرف مقررًا للحقيقة، **وقوله**: مُقَرِّرٌ لَهُ، أي: لوقوع الحقيقة.

قوله: وَفِي الْبَنَفْسَجِ قَاضٍ عَلَيْهِ، أي: العُرف غالب على وقوع الحقيقة على عين البنفسج، يعني: أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقةً لا على دهنه كما هو مذهب الشافعي رحمه الله على ما ذكرنا من «المبسوط»، ولكن العُرف غيَّر تلك الحقيقة من عينه إلى دهنه، فكان العُرف غالبًا وراجحـًا في اسم البنفسج على حقيقته، وفي الورد قرَّره على حقيقته؛ لأن اسم الورد حقيقةً يقع على ورده، فكذلك في العُرف مقرِّر الوقوع حقيقةً على ما دلَّ عليه حقيقته وهو الورق، والله تعالى أعلم.

(كِتَابُ الحُدُودِ)

قَالَ: الحَدُّ لُغَةً: هُوَ المَنْعُ، وَمِنْهُ الحَدَّادُ لِلْبَوَّابِ، وَفِي الشَّرِيعَةِ: هُوَ العُقُوبَةُ المُقَدَّرَةُ

كتاب الحدود

لمَّا ذكر الأيمان وكفارتها التي هي دائرة بين العبادة والعقوبة، أورد عقيبها العقوبات المحضة.

ثم محاسن الحدود كثيرة؛ لما أنَّها دفع للفساد الواقع في العالَم، ومنع لمن باشر المنكر ولغيره بزجر المباشرة، وطهرة للمباشر عن قاذورات ما باشر فيه من الفساد، ليلقى الله طاهرًا، وعلى الخصوص في الزنا منع الزانِي عن إهلاك النفس وإضاعة النسل، وفي القذف صيانة عرض المسلم، وفي السرقة صيانة المال، وفي الشرب صيانة العقل، فهذه كلها مستحسنة عقلًا وشرعًا.

وذكر في الكتاب تفسير الحد لغة وشرعًا، والمقصد الأصلي فيه وهو الحكم، فأغنانا عن ذكره.

وأمَّا سببه فهو ما أضيف هو إليه في قولك: حد الزنا، وحد القذف.

وذكر في «المبسوط»: فسببه ما يُضاف إليه؛ لأن الواجبات تضاف إلى أسبابها والموجب هو الله تعالى، ولكن الأسباب لتيسير المعرفة على العباد، لا أن تكون الأسباب هي الموجبة.

قوله: وَمِنْهُ الحَدَّادُ لِلْبَوَّابِ، لمنعه الناس من الدخول، وسُمِّي اللفظ الجامع المانع حدًّا؛ لأنه يجمع معانِي الشيء ويمنع دخول غيره فيه، فسُمِّيت العقوبات حدودًا لكونِها مانعة من ارتكاب أسبابها، كذا في «المبسوط».

حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى حَتَّى لا يُسَمَّى القِصَاصُ حَدًّا لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ وَلا التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ التَّقْدِيرِ، وَالمَقْصِدُ الأَصْلِيُّ مِنْ شَرْعِهِ الِانْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وَالطَّهَارَةُ لَيْسَتْ أَصْلِيَّةً فِيهِ بِدَلِيلِ شَرْعِهِ فِي حَقِّ الكَافِرِ.

قَالَ: (الزِّنَا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ وَالإِقْرَارِ)،

قال الشاعر:

إِلَّا سُلَيْمَانَ إِذْ قَالَ الْمَلِيْكُ لَهُ * قُمْ فِي الْبَرِيَّةِ فَاحْدُدْهَا عَنِ الْفَنَدِ

أي: فامنعها عن الكذب وضعف الرأي.

قوله: الِانْزِجَارُ عَمَّا يَتَضَرَّرُ بِهِ العِبَادُ، وهو اختلاط الأنساب واشتباهها، فإنه لمَّا كان الحد حقًّا لله تعالى للزجر عن المنكر كان في مباشرة ذلك المنكر ضرر العباد؛ لأن حق الله تعالى هو ما ينتفع به جميع الخلق، فكان في مباشرة فعل يوجب الحد ضرر العباد.

قال: الزِّنَا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ، اعلم أن الزنا يمد ويقصر، فالقصر لأهل الحجاز قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ﴾ [الإسراء: ٣٢]، والمدُّ لأهل نجد، قال الفرزدق:

أَبَا حَاضِرٍ مَنْ يَزْنِ يُعْرَفْ زِنَاؤُهُ * وَمَنْ يَشْرَبِ الْخُرْطُومَ يُصْبِحْ مُسْكَرًا

الخُرطوم: الخمر المسكَّر بفتح الكاف من التسكير وهو المخمور، يخاطب به الرجل المكنَّى بأبي حاضر، والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي، كذا في «الصحاح»، هذا لفظ الزنا.

وأمَّا معناه شرعًا فهو عبارة عن قضاء الرجل شهوته محرمًا في قُبل المرأة الخالي عن الملكين وشبهتهما وعن شبهة الاشتباه، وعبارة عن تمكين المرأة لمثل هذا الفعل أيضًا، ثم في لفظ القضاء يدخل الإيلاج المجرَّد من غير إنزال؛ لما أن الإنزال شبع فيه، ألا ترى إلى ما ذكر في صدر الكتاب **بقوله:** يُقَالُ أُجْنِبُ الرَّجُلُ إِذَا قَضَى شَهْوَتَهُ مِنَ المَرْأَةِ، والجنابة غير متوقفة إلى الإنزال فكذا هنا، وقيَّد بالرجل ليخرج فعل الصبي، وقيد بالمحرم ليخرج فعل

وَالمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ الإِمَامِ لِأَنَّ البَيِّنَةَ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ، وَكَذَا الإِقْرَارُ لِأَنَّ الصِّدْقَ فِيهِ مُرَجَّحٌ لا سِيَّمَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِثُبُوتِهِ مَضَرَّةٌ وَمَعَرَّةٌ، وَالوُصُولُ إِلَى العِلْمِ القَطْعِيِّ مُتَعَذِّرٌ، فَيُكْتَفَى بِالظَّاهِرِ.

قَالَ: (فَالبَيِّنَةُ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ عَلَى رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ بِالزِّنَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] «وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - لِلَّذِي قَذَفَ امْرَأَتَهُ:

المجنون وفعل الصبي أيضًا، فإن وطئهما ليس بزنـًا، وأريد بالملكين ملك اليمين وملك النكاح، وأريد بشبهة ملك اليمين ما إذا وطئ الرجل جارية ابنه، وجارية مكاتبه، وجارية لعبده المأذون المديون، والجارية من المغنم بعد الإحراز في دار الإسلام في حقِّ الغازي، وأريد بشبهة ملك النكاح ما إذا وطئ الرجل امرأة تزوجها بغير شهود، وأمة تزوجها بغير إذن مولاها، ووطئ عبدٌ امرأة تزوجها بغير إذن مولاه، وكذلك لو وطئ الرجل أمة تزوجها على حرة، وما أشبهه، وأريد بشبهة الاشتباه ما إذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنَّها تحل له، إلى هذا أشار في «تحفة الفقهاء».

ثم إنَّما حصر ثبوت الزنا على البينة والإقرار؛ لأنه لا يظهر ثبوته بغير هذين؛ لما أن علم القاضي ليس بحجة في هذا الباب، وكذلك في سائر الحدود الخالصة، نحو حد السرقة، وحد الشرب، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَالمُرَادُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ الإِمَامِ؛ لأن الزنا يثبت بفعلهما حقيقه لا بالبينة، لإنفكاك البينة مع الزنا وجودًا وعدمًا؛ لأنه يمكن أن تكون الشهود كذبته ويثبت الزنا عند الإمام ولم يكن الزنا في الواقع، ويمكن ثبوت الزنا في الواقع ولم تشهد به الشهود عند القاضي، ولكن القاضي مأمورٌ بالحكم بما ظهر عنده، فلذلك ذكر ثبوته عند الإمام.

المعرَّة: المساءةُ والأذى، مَفعلة من العرِّ وهو الحربُ، كذا في «المغرب»، فكان معنى **قوله:** مَضَرَّةٌ، أي: ضررٌ ظاهرٌ على البدن، وَمَعَرَّةٌ، أي: ضرر يتصل ببدنه ويسري إلى باطنه

ائْتِ بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ عَلَى صِدْقِ مَقَالَتِكَ» وَلِأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعْنَى السَّتْرِ وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ وَالإِشَاعَةُ ضِدُّهُ.

من لحوق العار بانتسابه إلى الزنا.

قوله: وَلِأَنَّ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعَةِ يَتَحَقَّقُ مَعْنَى السَّتْرِ، هذا احتراز عن قول البعض، فإنَّهم يقولون: إنما اشترط الأربع لأن الزنا لا يتم إلا باثنين، وفعل كل واحدٍ لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، ولكن هذا ضعيف، فإن بشهادة شاهدين كما يثبت فعل الواحد يثبت فعل الاثنين، ولكنا نقول: إن الله تعالى يجب الستر على عباده، فلتحقيق معنى الستر يشترط زيادة في العدد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قال النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أصابَ منكم من هذه القاذورات فليستتر بستر الله».

قوله: وَالإِشَاعَةُ ضِدُّهُ، أي: إظهار الزنا ضد ستر الزنا، فكان وصف الإشاعة على ضدِّ وصف الستر لا محالة، ثم لمَّا كان الستر أمرًا مندوبًا إليه كان الإشاعة أمرًا مذمومًا فيه، فكيف وقد ذمَّ الله تعالى المشيعين في قوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَـٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور: ١٩]، وعن هذا قلنا: لو اختل شيء من شرائط الشهادة في شهود الزنا يحدون حد القذف، حتى أنه إذا شهد على الزنا أقل من أربعة لا تقبل، ويحد الشاهد حد القذف عندنا خلافًا للشافعي.

وعلى هذا الاختلاف أيضًا إذا أحضر أربع مجلس القاضي ليشهدوا على رجل بالزنا، فشهد واحد أو اثنان أو ثلاثة وامتنع الباقي، فإن الذي شهد يحد حد القذف، وكذلك لو جاء الأربعة متفرقين في مجالس مختلفة وشهد على الزنا واحد بعد واحدٍ لم تقبل هذه الشهادة، ويحدون حد القذف عندنا، والمسائل في «الذخيرة».

وذكر في «المبسوط»: وإليه أشار عُمر رضي الله عنه، أي: إلى اشتراط الأربعة لأجل الستر حين شهد عنده أبو بكرة، وشهد ابن معبد، ونافع بن الأرزق على المغيرة بن شعبة بالزنا، فقال الزياد وهو الرابع: بمَ تشهد؟ قال: أنا رأيتُ أقدامًا باديةً وأنفاسًا عاليةً وأمرًا

(وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَأَيْنَ زَنَى وَمَتَى زَنَى وَبِمَنْ زَنَى؟) لِأَنَّ النَّبِيَّ – عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ – اسْتَفْسَرَ مَاعِزًا عَنِ الكَيْفِيَّةِ وَعَنِ المُزْنِيَّةِ، وَلِأَنَّ الِاحْتِيَاطَ فِي ذَلِكَ وَاجِبٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ غَيْرُ الفِعْلِ فِي الفَرْجِ عَنَاهُ أَوْ زَنَى فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ فِي المُتَقَادِمِ مِنَ الزَّمَانِ أَوْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ لا يَعْرِفُهَا هُوَ وَلا الشُّهُودُ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الِابْنِ فَيَسْتَقْصِي فِي ذَلِكَ احْتِيَاطًا لِلدَّرْءِ.

منكرًا، وفي رواية قال: رأيتهما تحت لحافٍ واحدٍ ينخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخَيْزُران، وفي رواية: رأيتُ رجلًا أقعى وامرأة صَرْعَى ورِجْلين مخضوبتين واستًا يذهبُ ويجيءُ، ولم أرَ ما سوى ذلك، فقال: الله أكبر، الحمد الله الذي لم يفضح واحدًا من أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، ففي هذا بيان اشتراط الأربعة لإبقاء ستر العفة.

قوله: وَإِذَا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإِمَامُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ، إلى آخره، وإنما يسأل الإمام عن هذه الأشياء؛ لأَنَّهم شهدوا بلفظ محتمل فلا بد من أن يستفسرهم، أمَّا السؤال عن ماهيَّة الزنا فللاحتراز عمَّا لم يكن فعلهما على الحد الذي ذكرنا من تفسير الزنا، فإن من الناس من يعتقد في كل وطء حرام أنه زنا؛ ولأن الشرع سمَّى الفعل فيما دون الفرج زنًا، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي، والفرج يصدق ذلك أو يكذب، والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج»، ألا ترى أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم استفسر ماعزًا رضي الله عنه إلى أن ذكر الكاف والنون، فحينئذٍ قبل إقراره وأراد به قوله نكت؛ لأن ذلك صريح في الوطء وباقيه كناية عنه.

وأمَّا السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير إيلاج، ألا ترى أن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم استفسر ماعزًا حتى فسر كالميل في المكحلة، والرِّشا في البئر، وقيل: للاحتراز عن صورة الإكراه، والأول أصح؛ لأنه مختار «المبسوط».

وأمَّا السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا في دار الحرب.

وأمَّا السؤال عن الوقت فللاحتراز عن أن يكون العهد متقادمًا، وحد الزنا بحجة البينة

(فَإِذَا بَيَّنُوا ذَلِكَ وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا فِي فَرْجِهَا كَالمِيلِ فِي المُكْحُلَةِ وَسَأَلَ القَاضِي عَنْهُمْ فَعُدِّلُوا فِي السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ) وَلَمْ يَكْتَفِ بِظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي الحُدُودِ احْتِيَالًا لِلدَّرْءِ، «قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ» بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَعْدِيلُ السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ نُبَيِّنُهُ فِي الشَّهَادَاتِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، قَالَ فِي الأَصْلِ: يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلاتِّهَامِ

لا يقام بعد تقادم العهد عندنا.

وأمَّا السؤال عن المزني بها فللاحتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح مع المفعول بها، وذلك غير معلوم للشهود، فإذا فسَّروا تبيَّن ذلك للقاضي، والحاصل أن القاضي مندوب للاحتيال لدرءِ الحد، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «ادْرَءُوا الحدود بالشبهات»، ومن أسباب الاحتيال للدرء أن يستقصى مع الشهود، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَقَالُوا رَأَيْنَاهُ وَطِئَهَا - هذا جواب ما هو - كَالمِيلِ فِي المُكْحُلَةِ، هذا جواب كيف هو، مِيل المُكحُلة خشبتها التي يكتحل بها، والمُكحُلة بضمتين وعاء الكحل، والجمع مكاحل، كذا في «المغرب».

قوله: وَلَمْ يَكْتَفِ، على بناء الفاعل، أي: القاضي، لسبق ذكره، أو أبو حنيفة رضي الله عنه لسوق الكلام إليه.

قوله: بِظَاهِرِ العَدَالَةِ، وهو الإسلام.

قوله: بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، حيث اكتفى بظاهر العدالة هناك.

قوله: قَالَ فِي الأَصْلِ: يَحْبِسُهُ حَتَّى يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، وهذا لأنه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك، ولا وجه إلى أخذ الكفيل منه؛ لأن أخذ الكفيل نوع احتياطٍ فلا يكون مشروعًا فيما بنى على الدرء.

فإن قيل: الاحتياط في الحبس أظهر.

بِالجِنَايَةِ وَقَدْ حَبَسَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - رَجُلًا بِالتُّهمَةِ، بِخِلَافِ الدُّيُونِ حَيْثُ لا يُحْبَسُ فِيهَا قَبْلَ ظُهُورِ العَدَالَةِ، وَسَيَأْتِيك الفَرْقُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَالإِقْرَارُ أَنْ يُقِرَّ البَالِغُ العَاقِلُ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَا أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ المُقِرِّ، كَمَا أَقَرَّ رَدَّهُ القَاضِي) فَاشْتِرَاطُ البُلُوغِ وَالعَقْلِ لِأَنَّ قَوْلَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ أَوْ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْحَدِّ، وَاشْتِرَاطُ الأَرْبَعِ مَذْهَبُنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَكْتَفِي بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُظْهِرٌ، وَتَكْرَارُ الإِقْرَارِ لا يُفِيدُ زِيَادَةَ الظُّهُورِ بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَنَا حَدِيثُ مَاعِزٍ «فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ

قلنا: حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير؛ لأنه صار متهماً بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرًا، ولهذا لا يحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود؛ لأن الحبس أقصى العقوبة هناك، فإنه بعد ما ثبت الحق لا يعاقبه إلا بالحبس، فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق، بخلاف الحدود فإن فيه عقوبة أخرى أغلظ منه، كذا في «المبسوط»، هذا هو الفرق الذي وعده في الكتاب.

قوله: فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ مِنْ مَجَالِسِ المُقِرِّ، وقال ابن أبي ليلى: يُقام بالإقرار أربع مرَّات، وإن كان في مجلس واحد اعتبارًا للإقرار بالشهادة بعلة أنه أحد حجتي الزنا.

قوله: اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الحُقُوقِ، يعني: في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الإقرار، فكذلك هاهنا.

قوله: بِخِلَافِ زِيَادَةِ العَدَدِ فِي الشَّهَادَةِ؛ لأن زيادة طمأنينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود، ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد، وحجتنا فيه حديث ماعز بن مالك رضي الله عنه، «فإنه جاء إلى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقال: زنيتُ فطهِّرني، فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الثاني وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه، فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك، فلمَّا كان في المرَّة الرابعة قال

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَّرَ الإِقَامَةَ إِلَى أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ» فَلَوْ ظَهَرَ بِمَا دُونَهَا لَمَا أَخَّرَهَا لِثُبُوتِ الوُجُوبِ وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ اخْتَصَّتْ

عليه الصلاة والسلام: الآن أقررتَ أربعًا فيمن زنيتَ؟ قال: بفلانة، قال: لعلك قبلتها لعلك باشرتها، فأبَى إلا أن يقرَّ بصريح الزنا، فقال: أبك خبلٌ أبك جنونٌ؟ وفي رواية: بعث إلى أهله: هل تنكرون من عقله شيئًا، فقالوا: لا، فسأل عن إحصانه فأخبر أنه محصن فأمر برجمه»، كذا في «المبسوط».

«وعن أبي بريدة رضي الله أنه قال: كنَّا نتحدث في أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أن ماعزًا لو قعدَ في بيته بعد المرَّة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم»، فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفًا فيما بينهم.

فإن قال قائل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرَّة واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجبُ المهر، وإذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد، كما قلتم في السرقة لا يعتبر التكرار لهذا المعنى، قيل له: الإقرار أربع مرَّات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرَّة واحدة، وإنما الحكم موقوفٌ، فإن تمَّت الحجة وجب الحد، وإن لم تتم وجب المهرُ، كذا في «الإيضاح».

فإن قيل: إنما أعرض النبيُّ صلَّى الله عليه وسلَّم؛ لأنه استراب عقله، فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون إلا أنه لمَّا أصرَّ على الإقرار ودامَ على نَهج العقلاء قبله بعد ذلك، ثم أزال الشبهة بالسؤال فقال: أبك خبل أبك جنون؟

قلنا: أمَّا الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون، وإنما قاله رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أبك جنون تلقينًا لما يدرأ به الحد، كما قال: لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطء فيسقط الحد به عنه، وكما قال للسارق: أسرقتَ ما إخَالُهُ سرق، والدليل عليه ما رُوي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لمَّا أقرَّ ثلاثًا: إن أقررت الرابعة رجمَك، فثبتَ أن هذا العدد كان ظاهرًا عندهم؛ ولأنه لو كان لإبلاء العذر لعلق الأمر بثلاث لا بأربع، كذا في «الأسرار».

فِيهِ بِزِيَادَةِ العَدَدِ، فَكَذَا الإِقْرَارُ إِعْظَامًا لِأَمْرِ الزِّنَا وَتَحْقِيقًا لِمَعْنَى السَّتْرِ، وَلا بُدَّ مِنِ اخْتِلَافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ لِاتِّحَادِ المَجْلِسِ أَثَرًا فِي جَمْعِ المُتَفَرِّقَاتِ؛ فَعِنْدَهُ يَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ الاتِّحَادِ فِي الإِقْرَارِ، وَالإِقْرَارُ قَائِمٌ بِالمُقِرِّ فَيُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ مَجْلِسِهِ دُونَ مَجْلِسِ القَاضِي، وَالِاخْتِلَافُ بِأَنْ يَرُدَّهُ القَاضِي كُلَّمَا أَقَرَّ فَيَذْهَبَ حَيْثُ لا يَرَاهُ ثُمَّ يَجِيءَ فَيُقِرَّ، هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - طَرَدَ مَاعِزًا فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى تَوَارَى بِحِيطَانِ المَدِينَةِ.

قَالَ: (فَإِذَا تَمَّ إِقْرَارُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنَا مَا هُوَ وَكَيْفَ هُوَ وَأَيْنَ زَنَى وَبِمَنْ

واعتباره بسائر الحقوق باطل، فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر في سائر الأشياء، من ذلك أن النسبة إلى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الأفعال، وموجب اللعان إذا حصل من الزوج في زوجته بخلاف سائر الأفعال، وشرط في إحدى الحجتين من العدد ما لم يشترط في سائرها، فكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الإقرار، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَا بُدَّ مِنِ اخْتِلَافِ المَجَالِسِ لِمَا رَوَيْنَا، أراد به **قوله:** «إِلَى أَنْ تَمَّ الإِقْرَارُ مِنْهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعَةِ مَجَالِسَ».

قوله: فَعِنْدَهُ، أي: فعند اتحاد المجلس.

قوله: فَيُعْتَبَرُ اتِّحَادُ مَجْلِسِهِ دُونَ مَجْلِسِ القَاضِي، أي: اتحاد مجلس المقر به يعتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي، وفي بعض النُّسخ: فَيُعْتَبَرُ اخْتِلَافُ مَجْلِسِهِ، أي: يعتبر اختلاف مجلس المقر به في حق وجوب الحد، والاختلاف بأن يرده القاضي كما أقر به، بأن يقول: أبك جنون أبك خبل كما مرَّ من لفظ الحديث.

وفي «الإيضاح»: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهية له ويأمر بتنحيته؛ لما رُويَ عن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم أنه طرد ماعزًا، وعن عُمر رضي الله عنه أنه قال: «اطردوا المعترفين» يعني: في الزنا.

زَنَى، فَإِذَا بَيَّنَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الحَدُّ) لِتَمَامِ الحُجَّةِ، وَمَعْنَى السُّؤَالِ عَنْ هَذِهِ الأَشْيَاءِ بَيَّنَّاهُ فِي الشَّهَادَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ السُّؤَالَ فِيهِ عَنِ الزَّمَانِ، وَذَكَرَهُ فِي الشَّهَادَةِ لِأَنَّ تَقَادُمَ العَهْدِ يَمْنَعُ الشَّهَادَةَ دُونَ الإِقْرَارِ، وَقِيلَ لَوْ سَأَلَهُ جَازَ لِجَوَازِ أَنَّهُ زَنَى فِي صِبَاهُ.

(فَإِنْ رَجَعَ المُقِرُّ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ الحَدِّ أَوْ فِي وَسَطِهِ قُبِلَ رُجُوعُهُ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى يُقِيمُ عَلَيْهِ الحَدَّ لِأَنَّهُ وَجَبَ الحَدُّ بِإِقْرَارِهِ فَلَا يَبْطُلُ بِرُجُوعِهِ وَإِنْكَارِهِ كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالقِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ.

وَلَنَا أَنَّ الرُّجُوعَ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ لِلصِّدْقِ كَالإِقْرَارِ وَلَيْسَ أَحَدٌ يُكَذِّبُهُ فِيهِ فَتَتَحَقَّقُ الشُّبْهَةُ فِي الإِقْرَارِ، بِخِلَافِ مَا فِيهِ حَقُّ العَبْدِ وَهُوَ القِصَاصُ وَحَدُّ القَذْفِ لِوُجُودِ مَنْ يُكَذِّبُهُ، وَلَا كَذَلِكَ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ الشَّرْعِ.

(وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ فَيَقُولَ لَهُ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ قَبَّلْتَ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِمَاعِزٍ: لَعَلَّك لَمَسْتَهَا أَوْ قَبَّلْتَهَا».

قوله: كَمَا إِذَا وَجَبَ بِالشَّهَادَةِ، يعني: أن الحد لا يبطل بإنكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه، فكذا لا يبطل الإقرار بإنكاره؛ لأنهما حجتان فيه فيعتبر أحدهما بالآخر، قلنا: إن إنكار المشهود عليه شرط صحة قبول البينة، فشرط صحة الشيء لا يكون مبطلًا له.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرُّجُوعَ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ لِلصِّدْقِ، إلى آخره، وتحقيقه ما ذكر في «المبسوط» وقال: إن الرجوع بعد الإقرار إنّما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى، فيتعارض كلاماه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثّل بين الصدق والكذب، والشبهة تثبت بالمعارضة فيسقط الحد لوجود الشبهة بهذا الطريق.

قَالَ فِي الأَصْلِ: وَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ لَهُ الإِمَامُ: لَعَلَّكَ تَزَوَّجْتَهَا أَوْ وَطِئْتَهَا بِشُبْهَةٍ، وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الأَوَّلِ فِي المَعْنَى.

قوله: وَهذَا قَرِيبٌ مِنَ الأَوَّلِ فِي المَعْنَى، أي: قولك لعلك تزوجتَها أو وطئتها بشبهة، قريب لقوله: لعلك مسَّستها أو قبَّلتها، في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع؛ لما أنَّ في كل واحدٍ منهما لو قال: نعم ليسقط الحد، والله تعالى أعلم.

* * *

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الحَدِّ وَإِقَامَتِهِ)

(وَإِذَا وَجَبَ الحَدُّ وَكَانَ الزَّانِي مُحْصَنًا رَجَمَهُ بِالحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَجَمَ مَاعِزًا وَقَدْ أُحْصِنَ» ، وَقَالَ فِي الحَدِيثِ المَعْرُوفِ «وَزِنًا بَعْدَ إِحْصَانٍ» وَعَلَى هَذَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمْ -.

فصل في كيفية الحد وإقامته

ذكر هذا الفصل بعد ما ذكر نفس وجوب الحد؛ لأن إقامة الحد وكيفية إقامته مرتبة تتلو نفس وجوب الحد في الوجود، فكذا في الذكر.

قوله: وَعَلَى هذَا إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمْ، أي: على وجوب الرجم إذا كان الزانِي محصنًا.

ثم اعلم أن الرجم حدٌّ مشروع في حق المحصن، ثابت بالسنَّة إلا على قول الخوارج فإنَّهم ينكرون الرجم؛ لأنَّهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن في حيز التواتر.

والدليل على أن الرجم حدٌّ في حق المحصن أن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم رجم ماعزًا بعدما سأل عن إحصانه، ورجم الغامدية رضي الله عنها، وحديث العَسِيْف حيث قال: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إلى امرأة هذا، فإن اعترفَتْ فارجمها» دليل على ذلك، وقال عُمر رضي الله عنه على المنبر: «وإن ممَّا أنزل الله في القرآن الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة، وسيأتِي قوم ينكرون هذا، ولولا أن الناس يقولون: زاد عمر في كتاب الله تعالى لكتبتُهما على حاشية المصحف»، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَيُخْرِجُهُ إِلَى أَرْضٍ فَضَاءٍ وَيَبْتَدِئُ الشُّهُودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، وَلِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَتَجَاسَرُ عَلَى الأَدَاءِ ثُمَّ يَسْتَعْظِمُ المُبَاشَرَةَ فَيَرْجِعُ فَكَانَ فِي بُدَاءَتِهِ احْتِيَالٌ لِلدَّرْءِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تُشْتَرَطُ بُدَاءَتُهُ اعْتِبَارًا بِالجَلْدِ، قُلْنَا: كُلُّ أَحَدٍ لا يُحْسِنُ الجَلْدَ فَرُبَّمَا يَقَعُ مُهْلِكًا وَالإِهْلَاكُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ، وَلا كَذَلِكَ الرَّجْمُ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ.

(فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الِابْتِدَاءِ سَقَطَ الحَدُّ) لِأَنَّهُ دَلَالَةُ الرُّجُوعِ، وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِفَوَاتِ الشَّرْطِ (وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا ابْتَدَأَ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) كَذَا

وذكر في «الإيضاح»: والرجم حكم ثبتَ بالسنَّة المشهورة المتفق على صحتها، فصار شبيه المتواتر لاتصال القبول به من العلماء، ومن هذا الوجه جازت الزيادة على كتاب الله تعالى.

قوله: فَإِنِ امْتَنَعَ الشُّهُودُ مِنَ الِابْتِدَاءِ سَقَطَ الحَدُّ، وأمَّا إذا كان الشهود مقطوعي اليدين في الأصل لا تمتنع الإقامة، بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة.

وفي «المنتقى»: لا يرجم المشهود عليه بالزنا إلا بحضرة الشهود، فإن حضروا وأبوا أن يرجموا أو رمى بعضهم وأبى البعض درءَ عنه الحد، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا وقد حضروا رمى القاضي، ثم رمى الناس وإن غاب واحد منهم لم يرجم حتى يحضر كلهم، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، هذا احتراز عمَّا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله، فإنه ذكر في «الإيضاح»: ولو امتنع الشهود أو بعضهم، أو كانوا غيبًا، أو ماتوا أو ماتَ بعضهم، أو عمى بعضهم، أو خرس، أو جن، أو ارتد، أو قذف، فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله، ورُوي عنه أنَّهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس، وكذا في «الذخيرة» أيضًا، فعلى هذا ما قيَّده بِظَاهِرِ الرِّوَايَةِ كان راجعًا إلى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور، وليس

رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، «وَرَمَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الغَامِدِيَّةَ بِحَصَاةٍ مِثْلِ الحِمَّصَةِ وَكَانَتْ قَدِ اعْتَرَفَتْ بِالزِّنَا» (وَيُغَسَّلُ وَيُكَفَّنُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي مَاعِزٍ اصْنَعُوا بِهِ كَمَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ» وَلِأَنَّهُ قُتِلَ بِحَقٍّ فَلَا يَسْقُطُ الغُسْلُ كَالمَقْتُولِ قِصَاصًا «وَصَلَّى النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَى الغَامِدِيَّةِ بَعْدَمَا رُجِمَتْ».

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا وَكَانَ حُرًّا فَحَدُّهُ مِائَةُ جَلْدَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] إِلَّا أَنَّهُ انْتَسَخَ فِي حَقِّ المُحْصَنِ

بمختص بقوله: وَكَذَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا.

وذكر في «المبسوط»: وإن امتنع أحد الشهود من البداية بالرجم فذلك شبهة في إسقاط الحد عن المشهود عليه، ولكن لا يقام الحد على الشهود؛ لأنهم ثابتون على الشهادة، وإنما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعًا عن الشهادة على الزنا، فقد يمتنع الإنسان من مباشرة القتل بحق.

وفي «الإيضاح»: ولا بأس لكل من رمى أن يتعمد بقتله؛ لأنه المقصود من الرجم، إلا أنه إذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فإنه لا يستحب أن يتعمد بقتله، وقد رُوي عن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه أنه استأذن رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم في قتل أبيه، وكان كافرًا فمنعه من ذلك وقال: دعه يكفيك غيرك؛ ولأنه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة.

الغَامِدِيَّةَ: امرأة من غامد حيّ من الأزد، وفي حديثها: «لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له»، يعني المكاس وهو العشار، والمكس ما يأخذه.

والجلد: ضرب الجلد، ومنه: جَلِدَ الجلاد، وقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢].

فَبَقِيَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ مَعْمُولًا بِهِ.

قَالَ: (يَأْمُرُ الإِمَامُ بِضَرْبِهِ بِسَوْطٍ لا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا) لِأَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لَمَّا أَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الحَدَّ كَسَرَ ثَمَرَتَهُ، وَالمُتَوَسِّطُ بَيْنَ المُبَرِّحِ وَغَيْرِ المُؤْلِمِ لِإِفْضَاءِ الأَوَّلِ إِلَى الهَلَاكِ وَخُلُوِّ الثَّانِي عَنِ المَقْصُودِ وَهُوَ الِانْزِجَارُ (وَتُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ) مَعْنَاهُ دُونَ الإِزَارِ لِأَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يَأْمُرُ بِالتَّجْرِيدِ فِي الحُدُودِ، وَلِأَنَّ التَّجْرِيدَ أَبْلَغُ فِي إِيصَالِ الأَلَمِ إِلَيْهِ، وَهَذَا الحَدُّ مَبْنَاهُ عَلَى الشِّدَّةِ فِي الضَّرْبِ وَفِي نَزْعِ الإِزَارِ كَشْفُ العَوْرَةِ فَيَتَوَقَّاهُ (وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لِأَنَّ الجَمْعَ

قوله: بِسَوْطٍ لا ثَمَرَةَ لَهُ، ثمرة السَّوط: مستعارة من واحدة ثمر الشجر وهي عذبته وذنبه وطرفه، وفي «المجمل»، و«الصحاح»: ثمر السياط عقد أطرافها، ومنه يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له، يعني: العقدة، والأول أصح؛ لما ذكر الطحاوي رحمه الله أن عليًّا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية: له ذنبان، أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين، كذا في «المغرب».

وكذلك تعليل «الإيضاح» دليل عليه حيث قال: وينبغي للقاضي أن يأمر الجلاد أن لا يضرب بسوط له ثمرة؛ لأن الثمرة إذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين، ولكن المشهور في الكتب لا ثمرة له، أي: لا عقدة عليه.

بُرَحاء الحُمَّى وغيرها: شِدّة الأذى، تقول منه: بَرَّح به الأمر تَبريحاً، وضَرَبَهُ ضَرْباً مُبَرِّحاً، كذا في «الصحاح».

قوله: وَتُنْزَعُ عَنْهُ ثِيَابُهُ، هذا في غير حد القذف، وأمَّا في حد القذف فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه، ولكن ينزع عنه الفرو والحشو؛ لأن في التجريد زيادة إيلام ولا يبالغ في إيلام القاذف على ما يجيء في فصل التعزير إن شاء الله تعالى، كذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام.

قوله: وَيُفَرَّقُ الضَّرْبُ عَلَى أَعْضَائِهِ، وذكر في «المبسوط»: ويعطي كل عضو حظه

فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قَدْ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ لا مُتْلِفٌ.

قَالَ: (إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَفَرْجَهُ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي أَمَرَهُ بِضَرْبِ الحَدِّ: اتَّقِ الوَجْهَ وَالمَذَاكِيرَ» وَلِأَنَّ الفَرْجَ مَقْتَلٌ وَالرَّأْسَ مَجْمَعُ الحَوَاسِّ، وَكَذَا الوَجْهُ وَهُوَ مَجْمَعُ المَحَاسِنِ أَيْضًا فَلَا يُؤْمَنُ فَوَاتُ شَيْءٍ مِنْهَا بِالضَّرْبِ وَذَلِكَ إِهْلَاكٌ مَعْنًى فَلَا يُشْرَعُ حَدًّا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا رَجَعَ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَضْرِبُ سَوْطًا لِقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ: اضْرِبُوا الرَّأْسَ فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا، قُلْنَا: تَأْوِيلُهُ أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ فِيمَنْ أُبِيحَ قَتْلُهُ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ وَرَدَ فِي حَرْبِيٍّ كَانَ مِنْ دُعَاةِ الكَفَرَةِ وَالإِهْلَاكُ فِيهِ مُسْتَحَقٌّ. (وَيُضْرَبُ فِي الحُدُودِ كُلِّهَا قَائِمًا غَيْرَ مَمْدُودٍ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: يُضْرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُودِ قِيَامًا وَالنِّسَاءُ قُعُودًا، وَلِأَنَّ مَبْنَى إِقَامَةِ الحَدِّ عَلَى التَّشْهِيرِ،

من الضرب؛ لأنه قد نال اللذة في كل عضوه.

قوله: اتَّقِ الوَجْهَ وَالمَذَاكِيرَ، المذاكير جمع الذكر الذي هو العضو، وهو جمع على خلاف القياس كأنَّهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو، ثم إنَّما ذكر بلفظ الجمع هاهنا مع إفراد قرينه وهو الوجه؛ لأنه أراد به ذلك العضو المعبر عنه وما حوله، كقولهم: شابت مفارق رأسه، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

وعن أبي يوسف في ضرب الحد: يتقي الفرجَ والبطنَ والوجهَ والصدرَ، ذكره في «الذخيرة».

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْرِبُ الرَّأْسَ أَيْضًا، وفي «الإيضاح»: ويضرب الرأس؛ لأن ضربه سوطاً أو سوطين لا يخشى منه الفساد.

قوله: يُضْرَبُ الرِّجَالُ فِي الحُدُودِ قِيَامًا، هو جمع قائم، و: قُعُودًا، هو جمع قاعد، ثم في قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النساء: ٢٥]، دليلان على حكمين ثبتا على خلاف عامة سائر المواضع:

وَالقِيَامُ أَبْلَغُ فِيهِ، ثُمَّ قَوْلُهُ: غَيْرَ مَمْدُودٍ، فَقَدْ قِيلَ المَدُّ أَنْ يُلْقَى عَلَى الأَرْضِ وَيُمَدَّ كَمَا يُفْعَلُ فِي زَمَانِنَا، وَقِيلَ أَنْ يَمُدَّ السَّوْطَ فَيَرْفَعَهُ الضَّارِبُ فَوْقَ رَأْسِهِ، وَقِيلَ أَنْ يَمُدَّهُ بَعْدَ الضَّرْبِ، وَذَلِكَ كُلُّهُ لا يُفْعَلُ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى المُسْتَحَقِّ.

(وَإِنْ كَانَ عَبْدًا جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] نَزَلَتْ فِي الإِمَاءِ، وَلِأَنَّ الرِّقَّ مُنَقِّصٌ لِلنِّعْمَةِ

أحدهما: أن حكم خطاب النساء يدخل تحت خطاب الرجال في عامة المواضع كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ﴾ [المائدة: ٦] الآية، حيث ثبت وجوب الوضوء والاغتسال من الجنابة على النساء بهذه الآية على طريق التبعية لخطاب الرجال، وكذلك في سائر المواضع من وجوب الصوم والحج وأداء الأمانة وغيرها، وذكرنا المعنى فيه مُسْتوفى في «كشف العوار»، وهاهنا انعكس الحكم حيث استفيد حكم العبيد من الحكم الثابت في حق الإماء، وإنما كان هكذا والله تعالى أعلم لغلبة أسباب السفاح فيهن ودعوتهن إليه دون العبيد، وإليه الإشارة في تقديم الزانية على الزانِي، بخلاف تقديم السارق على السارقة.

والثانِي: هو ما نقل من الأصل المعهود هو أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه إلا في الروايات كما في قوله: وليس على المرأة أن تنقض ظفائرها، أو في العقوبات كما في قوله تعالى: ﴿كَلَّآ إِنَّهُمۡ عَن رَّبِّهِمۡ يَوۡمَئِذٖ لَّمَحۡجُوبُونَ ١٥﴾ [المطففين: ١٥]، تخصيص الكفار بالحجاب دليل على عدم الحجاب في حق المؤمنين.

ثم تخلف هاهنا حكم هذه الأصل، وهو أن العقوبة لم تنحصر بالإماء مع أنَّهن خصص بالذكر في موضع العقوبة، وإنما كان هكذا والله تعالى أعلم لدوران الحكم بالعلة، وهو أن العلة في حقهن لإثبات الحد هو السفاح، وقد وجد السفاح في حق العبيد فيثبت في حقهم أيضًا بالدلالة لا بالقياس، وللدلالة مدخل في باب العقوبات لما عُرف، وقد ذكرنا فائدة ذكرهنَّ دون ذكر العبيد.

فَيَكُونُ مُنْقِصًا لِلْعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعَمِ أَفْحَش فَيَكُونُ أَدْعَى إِلَى التَّغْلِيظِ (وَالرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)؛ لِأَنَّ النُّصُوصَ تَشْمَلُهُمَا (غَيْرَ أَنَّ المَرْأَةَ لا يُنْزَعُ مِنْ ثِيَابِهَا إِلَّا الفَرْوُ وَالحَشْوُ)؛ لِأَنَّ فِي تَجْرِيدِهَا كَشْفُ العَوْرَةِ وَالفَرْوُ وَالحَشْوُ يَمْنَعَانِ وُصُولَ الأَلَمِ إِلَى المَضْرُوبِ وَالسَّتْرُ حَاصِلٌ بِدُونِهِمَا فَيُنْزَعَانِ.

(وَتُضْرَبُ جَالِسَةً) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ أَسْتَرُ لَهَا (وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَازَ)؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - حَفَرَ لِلْغَامِدِيَّةِ إِلَى ثُنْدُوَتِهَا، وَحَفَرَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - لِشُرَاحَةَ الهَمْدَانِيَّةِ، وَإِنْ تَرَكَ لا يَضُرُّهُ؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - لَمْ يَأْمُرْ بِذَلِكَ وَهِيَ مَسْتُورَةٌ بِثِيَابِهَا، وَالحَفْرُ أَحْسَنُ؛ لِأَنَّهُ أَسْتَرُ وَيُحْفَرُ إِلَى الصَّدْرِ لِمَا رَوَيْنَا.

(وَلا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ)؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - مَا حَفَرَ لِمَاعِزٍ، وَلِأَنَّ مَبْنَى

ثم المراد من العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم؛ لأن الرَّجم لا ينتصف.

قوله: لِأَنَّ الجِنَايَةَ عِنْدَ تَوَافُرِ النِّعْمَةِ أَفْحَشُ، ألا ترى إلى ما قال الله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأْتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠]، إلى أن قال: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [الأحزاب: ٣٢]، وقال عليه الصَّلاة والسلام: «ويل للجاهل مرَّة وللعالم سبعين مرَّة»، وقيل: حسنات الأبرار سيئات المقربين.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أي: من حديث عليٍّ رضي الله عنه: وَالنِّسَاءُ قُعُودًا.

الثُّنْدُوَة: بفتح الأول والواو أو بالضم والهمزة مكان الواو، والدال في الحالين مضمومة: ثدي الرجل أو لحم الثديين، كذا في «المغرب»، والهَمْدانية: بسكون الميم، هكذا كانت مقيَّدة بخط شيخي رحمه الله.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أي: من حديث الثَّنْدُوة.

الإِقَامَةِ عَلَى التَّشْهِيرِ فِي الرِّجَالِ، وَالرَّبْطُ وَالإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ (وَلا يُقِيمُ المَوْلَى الحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الإِمَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ لِأَنَّ لَهُ وِلايَةً مُطْلَقَةً عَلَيْهِ كَالإِمَامِ، بَلْ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ مَا لا يَمْلِكُهُ الإِمَامُ فَصَارَ كَالتَّعْزِيرِ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «أَرْبَعٌ إِلَى الوُلَاةِ وَذَكَرَ مِنْهَا الحُدُودَ» وَلِأَنَّ الحَدَّ حَقُّ اللهِ تَعَالَى لِأَنَّ المَقْصِدَ مِنْهَا إِخْلاءُ العَالَمِ عَنِ الفَسَادِ، وَلِهَذَا لا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ العَبْدِ فَيَسْتَوْفِيهِ مَنْ هُوَ نَائِبٌ عَنِ الشَّرْعِ وَهُوَ الإِمَامُ أَوْ نَائِبُهُ، بِخِلَافِ التَّعْزِيرِ لِأَنَّهُ حَقُّ العَبْدِ وَلِهَذَا يُعَزَّرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرْعِ مَوْضُوعٌ عَنْهُ.

قوله: وَالرَّبْطُ وَالإِمْسَاكُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ، إلا أن يعجزهم فحينئذٍ يربط ويشد، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ أَنْ يُقِيمَهُ، وقال الشافعي: له ذلك في الحدود التي هي محض حق الله تعالى، إذا عاين سببه من العبد أو أقرَّ به بين يديه، وإن ثبت بحجة البينة فله فيه قولان، وفي حد القذف والقصاص له وجهان، وهكذا إذا كان المولى ممَّن يملك إقامة الحد بولاية الإمامة إن كان إمامًا، وإن كان مكاتبًا أو ذميًّا أو امرأة فليس له ولاية إقامة الحد على مملوكه، كما لا يثبت له ولاية إقامة الحد بتقلّد القضاء والإمامة.

وحجتنا فيه قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِۚ﴾ [النساء: ٢٥]، واستيفاء ما على المحصنات على الإمام خاصة، وكذلك ما على الإماء من نصف ما على المحصنات، وعن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم موقوفًا ومرفوعًا: «أربعة إلى الولاة: الحدود والصدقات والجمعات والفيء»، والمعنى فيه: أن هذا حق الله تعالى فيستوفيه الإمام بولاية شرعيَّة فلا يشاركه غيره في استيفائه كالخراج والجزية والصدقات، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا يُعَزَّرُ الصَّبِيُّ، وَحَقُّ الشَّرْعِ مَوْضُوعٌ عَنْهُ، الواو للحال، أي: والحال أن

قَالَ: (وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ أَنْ يَكُونَ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا قَدْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً نِكَاحًا صَحِيحًا وَدَخَلَ بِهَا وَهُمَا عَلَى صِفَةِ الإِحْصَانِ) فَالعَقْلُ وَالبُلُوغُ شَرْطٌ لِأَهْلِيَّةِ العُقُوبَةِ إِذْ لا خِطَابَ دُونَهُمَا، وَمَا وَرَاءَهُمَا يُشْتَرَطُ لِتَكَامُلِ الجِنَايَةِ بِوَاسِطَةِ تَكَامُلِ النِّعْمَةِ إِذْ كُفْرَانُ النِّعْمَةِ يَتَغَلَّظُ عِنْدَ تَكَثُّرِهَا، وَهَذِهِ الأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ، وَقَدْ شُرِعَ الرَّجْمُ

حق الشرع بتكليف ما يشق على الصبي غير ثابت في حق الصبي، ومع ذلك يعزر والتعزير مشقة، عُلم أن التعزير ليس فيه حق الشرع؛ لأنه لو كان من حقوق الشرع لما ثبتَ في حق الصبي، بل هو نظير الرياضة والتأديب في الدواب، فإنه من حقوق الملك، وكذلك الختان فإنه بمنزلة الخصاء في الدواب.

قوله: وَإِحْصَانُ الرَّجْمِ، وإنما قيَّد بالرجم احترازًا عن إحصان القذف فإنه غير هذا على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

وفي «المبسوط»: وللإحصان الذي يتعلق به الرجم شرائط: فالمتقدمون يقولون: شرائطه سبع: العقل، والبلوغ، والحرية، والنكاح الصحيح، والدخول بالنكاح، وأن يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الإحصان، والإسلام، والأصح أن يقول: شرط الإحصان على الخصوص اثنان: الإسلام، والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله، فأما العقل والبلوغ فهما شرط الأهلية للعقوبة، لا شرط الإحصان على الخصوص؛ لأن غير المخاطب لا يكون أهلًا لإلتزام شيء من العقوبات، والحرية شرط تكميل العقوبة لا أن يكون شرط الإحصان على الخصوص.

فأمَّا الدخول فشرط ثبتَ بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الثيب بالثيب»، والتثييبُ لا يكون إلا بالدخول، وشرطنا أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح؛ لأن التثييب على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح، فكان المقصود به تغلظ الجريمة؛ لأن الرجم أفحش العقوبات فيستدعي أغلظ الجنايات، والجناية في الإقدام على الزنا بعد إصابة الحلال يكون أغلظ الجنايات، ولهذا لا يشترط العفة عن الزنا في هذا الإحصان، بخلاف إحصان القذف؛ لأن الزنا بعد الزنا أغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة.

بِالزِّنَا عِنْدَ اسْتِجْمَاعِهَا فَيُنَاطُ بِهِ، بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالعِلْمِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا وَرَدَ بِاعْتِبَارِهِمَا وَنَصْبُ الشَّرْعِ بِالرَّأْيِ مُتَعَذِّرٌ، وَلِأَنَّ الحُرِّيَّةَ مُمْكِنَةٌ مِنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ مُمْكِنٌ مِنَ الوَطْءِ الحَلَالِ، وَالإِصَابَةُ شِبَعٌ بِالحَلَالِ، وَالإِسْلَامُ يُمَكِّنُهُ مِنْ نِكَاحِ المُسْلِمَةِ وَيُؤَكِّدُ اعْتِقَادَ الحُرْمَةِ فَيَكُونُ الكُلُّ مَزْجَرَةً عَنِ الزِّنَا، وَالجِنَايَةُ بَعْدَ تَوَفُّرِ الزَّوَاجِرِ أَغْلَظُ وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِي اشْتِرَاطِ الإِسْلَامِ وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَةٍ لَهُمَا مَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ

وفي «الذخيرة»: وثنتان من هذه الشرائط على الاختلاف: أحدهما الإسلام وقد ذكر في الكتاب، والثانية كون كل واحد من الزوجين مساويًا لصاحبه في سائر شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح، فهذا شرط عندنا لثبوت الإحصان خلافًا للشافعي، بيان ذلك أن الحر المسلم العاقل البالغ إذا تزوَّج أمة أو صبيَّة أو مجنونة أو كتابيَّة ودخل بها، فإن الزوج لا يصير محصنًا بهذا الدخول عندنا، حتى لو زنى لا يرجم، وعند الشافعي يصير محصنًا، وكذلك الحرة البالغة العاقلة المسلمة إذا زوَّجت نفسها من عبد أو مجنون ودخل بها لا تصير محصنة حتى إذا زنت لا ترجم.

قوله: فَيُنَاطُ بِهِ، أي: باستجماع هذه الأشياء.

قوله: بِخِلَافِ الشَّرَفِ وَالعِلْمِ، متصل **بقوله:** وَهذِهِ الأَشْيَاءُ مِنْ جَلَائِلِ النِّعَمِ؛ لما ذكر أن تكامل الجناية بواسطة تكامل النعم، فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة، ورد عليه الشرف والعلم فإنَّهما أيضًا من أجل النعم ولم يشترطا ذانك فأجاب عنه بذلك.

قوله: وَالنِّكَاحُ الصَّحِيحُ ... مِنَ الوَطْءِ الحَلَالِ - أي: النكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال - وَالإِصَابَةُ شِبَعٌ بِالحَلَالِ، أي: بالدخول بالمرأة بطريق الحلال يحصل للزوج شبعًا من الدخول بالمرأة بطريق الزنا، فكان الدخول الحلال حينئذٍ مثبتًا كمال النعمة، والجناية بعد كمالها تقتضي غلظ العقوبة وهو الرجم.

قَدْ زَنَيَا» قُلْنَا: كَانَ ذَلِكَ بِحُكْمِ التَّوْرَاةِ ثُمَّ نُسِخَ، يُؤَيِّدُهُ «قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ». وَالمُعْتَبَرُ فِي الدُّخُولِ إِيلَاجٌ فِي القُبُلِ عَلَى وَجْهٍ يُوجِبُ الغُسْلَ، وَشَرْطُ صِفَةِ الإِحْصَانِ فِيهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ، حَتَّى لَوْ دَخَلَ بِالمَنْكُوحَةِ الكَافِرَةِ أَوِ المَمْلُوكَةِ أَوِ المَجْنُونَةِ أَوِ الصَّبِيَّةِ لا يَكُونُ مُحْصَنًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِإِحْدَى هَذِهِ الصِّفَاتِ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ عَاقِلَةٌ بَالِغَةٌ؛ لِأَنَّ النِّعْمَةَ بِذَلِكَ لا تَتَكَامَلُ إِذِ الطَّبْعُ يَنْفِرُ عَنْ صُحْبَةِ المَجْنُونَةِ، وَقَلَّمَا يَرْغَبُ فِي الصَّبِيَّةِ لِقِلَّةِ رَغْبَتِهَا فِيهِ وَفِي المَمْلُوكَةِ حَذَرًا عَنْ رِقِّ الوَلَدِ وَلَا ائْتِلَافَ مَعَ الِاخْتِلَافِ فِي الدِّينِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُخَالِفُهُمَا فِي الكَافِرَةِ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تُحْصِنُ المُسْلِمَ اليَهُودِيَّةُ وَلَا النَّصْرَانِيَّةُ وَلَا الحُرَّ الأَمَةُ

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مَوْصُوفًا بِإِحْدَى هَذِهِ الصِّفَاتِ، وهي الكفر، والمملوكية، والجنون، والصبا، أي: لا تكون المرأة محصنة وإن كان النكاح والدخول موجودين، كما لا يكون الرجل محصنًا إذا كانت المرأة موصوفة بإحدى هذه الصفات عند الدخول، وقد ذكرنا بيانه قبيل هذا.

فإن قلتَ: كيف يتصور أن يكون الزوج كافرًا والمرأة مسلمة؟

قلتُ: صورته أن يكونا كافرين فأسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام على الزوج؛ لأنهما ما لم يفرق القاضي بالإباء عند عرض الإسلام فهما زوجان، وقد مرَّ.

قوله: وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا، أي: يجمع بين الجلد والنفي في حد الزنا، أي: بنفي الرجل والمرأة جميعًا، وإليه الإشارة في قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ»؛ لأن التغريب من تتمَّة الحد عنده كالجلد، ففي حق الجلد الرجل والمرأة سواء فكذلك في حق التغريب.

وَلا الحُرَّةَ العَبْدُ».

قَالَ: (وَلا يُجْمَعُ فِي المُحْصَنِ بَيْنَ الرَّجْمِ وَالجَلْدِ)؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - لَمْ يَجْمَعْ، وَلِأَنَّ الجَلْدَ يَعْرَى عَنِ المَقْصُودِ مَعَ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ زَجْرَ غَيْرِهِ يَحْصُلُ بِالرَّجْمِ إِذْ هُوَ فِي العُقُوبَةِ أَقْصَاهَا وَزَجْرُهُ لا يَحْصُلُ بَعْدَ هَلاكِهِ.

قَالَ: (وَلا يُجْمَعُ فِي البِكْرِ بَيْنَ الجَلْدِ وَالنَّفْيِ) وَالشَّافِعِيُّ يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا حَدًّا «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ»؛ وَلِأَنَّ فِيهِ حَسْمَ بَابِ الزِّنَا لِقِلَّةِ المَعَارِفِ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] جَعَلَ الجَلْدَ كُلَّ المُوجَبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الفَاءِ وَإِلَى كَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ، وَلِأَنَّ فِي التَّغْرِيبِ فَتْحَ بَابِ الزِّنَا لِانْعِدَامِ الاسْتِحْيَاءِ مِنَ العَشِيرَةِ ثُمَّ فِيهِ قَطْعُ مَوَادِّ البَقَاءِ، فَرُبَّمَا

قوله: لِقِلَّةِ المَعَارِفِ، أي: لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الأحباء والحبيبات؛ لما أن الزنا إنما ينشأ من الصحبة والمؤانسة، والتغريب قاطع لهذا.

قوله: جَعَلَ الجَلْدَ كُلَّ المُوجَبِ رُجُوعًا إِلَى حَرْفِ الفَاءِ، انتصاب: رُجُوعًا، على المفعول المطلق بحذف فعله، أي: ليرجع رجوعًا، أي: أن الفاء تدل على أن ما دخله الفاء كل حكم ما ذكر من التسبب، كما في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة: ٨٩]؛ ولأن الفاء تدخل على الجزاء، والجزاء هو الذي يكفي لحكم الشرط، فلو كان النفي من الحد لم يكن الجلد الذي دخل فيه الفاء كافيًا.

قوله: وَإِلَى كَوْنِهِ كُلَّ المَذْكُورِ، أي: ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة إلى البيان، فكان ما ذكره كل ما يحتاج إليه في البيان، ولو بقي شيء يحتاج إليه ولم يُبين يلزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة.

وذكر في «الإيضاح»: والآية سيقت لبيان الحكم الواجب، وأحكام الله تعالى لا تتجزأ،

تَتَّخِذُ زِنَاهَا مَكْسَبَةً وَهُوَ مِنْ أَقْبَحِ وُجُوهِ الزِّنَا، وَهَذِهِ الجِهَةُ مُرَجِّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ -: كَفَى بِالنَّفْيِ فِتْنَةً،

والبعض منه لا يكون حدًّا كالجلد إذا كان أقل من مائة لا يكون حدًّا، فمتى شرعنا التغريب سنةً مع الجلد لم يبق الجلدحقًّا ولا يكون حكماً للسبب، وهذا أصل كبير لأصحابنا فإنَّهم لا يجوزون الزيادة على كتاب الله تعالى بأخبار الآحاد، ويعتبرون الزيادة عليه نسخًا من وجه، والشافعي ينكر هذا الأصل ويقول: الزيادة بيان، ونحن نقول بأن الكتاب سيق لبيان الحكم الثابت، وليكون مخلصًا للعبد، وعلى ما يقوله الخصم لا يمكن معرفة حكم ما بالكتاب والسنة على سبيل القطع؛ لأنه ما من حكم إلا ويحتمل أن يكون شيء آخر مشروعًا معه، فيكون قاصرًا عن البيان وهذا لا يجوز، فيحمل الحديث على ما قبل نزول الآية حتى يكون الكتاب ناسخًا للحديث.

قوله: وَهَذِهِ الجِهَةُ مُرَجَّحَةٌ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، نقل: مُرَجَّحَةٌ، بفتح الجيم على صيغة اسم المفعول، ونقل بكسرها على صيغة اسم الفاعل، فوجدتُّ نسخة شيخي رحمه الله مقيَّدة بالفتح، أي: هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم لشهادة قول عليٍّ رضي الله عنه لصحة ما قلناه، وأمَّا وجه الكسر فإن الخصم ينكر صحة نقل قول عليٍّ هذا، فقال المصنف رحمه الله: هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول عليٍّ رضي الله عنه، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَوٰةِ فَٰعِلُونَ ۝٤﴾ [المؤمنون: ٤]، وفي الوجه الأول كانت للتعليل.

فإن قيل: الأصل أن كل ما يصلح علة لا يصلح مرجحًا، وهاهنا هذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة؟ قلنا: هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل نافية، مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح في الترجيح، ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحاً بعضها لبعضٍ، وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة إلا لهذا.

وذكر في «المبسوط» بعد ما ذكر هذا المعنى الذي ذكره في الكتاب فقال: وهو أَوْلَى ممَّا قاله الخصم؛ لأن ما ينشأ عن الصحبة والمؤانسة يكون مكتومًا، وما ينشأ من الوقاحة

....

يكون ظاهرًا، فإن كان في هذا قطع سبب ما ينشأ عن المُحادثة وهو أمر مكتوم ففيه تعرض على الزنا بطريق الوقاحة وهو أفحش، ثم قال: أرأيت أمة زنت أكنت أنفيها؟ فأحول بين مولاها وبين خدمتها، وحق المولى في الخدمة مرعيٌّ وهو مقدم على حق الشرع، وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي فكذلك الحرَّة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

ثم لا يجوز أن تبقي الحرَّة مع المحرم؛ لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحدُّ؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعًا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعًا، فأمَّا المهاجرة فلا يقصد السفر بغير محرم، وإنما يقصد التخلص من المشركين حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعةٌ في دار الإسلام وأمنت لم يكن لها أن تتسافر بغير محرم بعد ذلك، وإن ثبتَ النفي عن أحدٍ فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم هيتًا المُخنَّث من المدينة، ونفى عُمر رضي الله عنه نصر بن حجاج من المدينة حيث سمعَ قائلةً تقول، شعر:

هَلْ مِنْ سَبِيلٍ إِلَى خَمْرٍ فَأَشْرَبُهَا * أَوْ هَلْ سَبِيلٌ إِلَى نَصْرِ بْنِ حَجَّاجِ

إِلَى فَـتًى مَاجِدِ الْأَعْرَاقِ مُقْتَبِلٍ * سَهْلِ الْمُحَيَّا كَرِيمٍ غَيْرِ مِلْجَاجِ

وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فقال: ما ذنبي يا أمير المؤمنين؟ فقال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة عنك.

يقال: رجل مقتبل الشباب، إذا لم ينبو فيه أثر كبر، السهل: خلاف الصعب وهو كناية عن حسن وجهه، الملاجَّة: التمادي في الخصومة، فأمَّا الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور، والمراد بالتغريب الحبس على سبيل التعزير، قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا۟ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] الحبسُ، وقال القائل، شعر:

وَمَنْ يَكُ أَمْسَى بِالْمَدِينَةِ رَحْلُهُ * فَإِنِّي وَقَيَّارٌ بِهَا لَغَرِيبُ

وَالحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالحِجَارَةِ» وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَرَى الإِمَامُ فِي ذَلِكَ مَصْلَحَةً فَيُغَرِّبُهُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى) وَذَلِكَ تَعْزِيرٌ وَسِيَاسَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُفِيدُ فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ فَيَكُونُ الرَّأْيُ فِيهِ إِلَى الإِمَامِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّفْيُ المَرْوِيُّ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ (وَإِذَا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجْمُ رُجِمَ) ؛ لِأَنَّ الإِتْلَافَ مُسْتَحَقٌّ فَلَا يَمْتَنِعُ بِسَبَبِ المَرَضِ (وَإِنْ كَانَ حَدُّهُ الجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ) كَيْلَا يُفْضِيَ إِلَى الهَلَاكِ وَلِهَذَا لَا يُقَامُ القَطْعُ عِنْدَ شِدَّةِ الحَرِّ وَالبَرْدِ.

(وَإِنْ زَنَتِ الحَامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا) كَيْلَا يُؤَدِّيَ إِلَى هَلَاكِ الوَلَدِ وَهُوَ

أي: محبوس، ونحن نقول: يحبس بطريق التعزير حتى تظهر توبته.

قوله: وَالحَدِيثُ مَنْسُوخٌ كَشَطْرِهِ، الآخر.

فإن قيل: في هذا إثبات النسخ بالقياس؟

قلنا: لا، بل هذا بيان لكون الحديث منسوخًا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ما هو، وقد ذكرنا من «المبسوط» أن حكم الحديث هو الجمع بين الجلد والتغريب، والتغريب انتسخ بسورة النور، وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان الإمساك في البيوت حتى يتوفاهن الموت، والإيذاء باللسان، فانتسخ ذلك بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «خذوا عنِّي قد جعل الله لهنَّ سبيلًا»، ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النور: ٢]، والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ أن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «خذوا عنِّي»، فلو كان انتساخ إمساك الزواني في البيوت بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ لقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «خذوا عن الله تعالى»، وهذه الدلالة التي هي دلالة التقديم هاهنا مثل دلالة التقدم في حديث العُرنيِّين، وإليه أشار بقوله في الكتاب: وَقَدْ عُرِفَ طَرِيقُهُ فِي مَوْضِعِهِ، أي: دلَّ في حديث العُرنيِّين دالٌّ على أنه مقدَّم على قوله عليه الصلاة والسلام:

نَفْسٌ مُحْتَرَمَةٌ.

(وَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا) أَيْ تَرْتَفِعَ يُرِيدُ بِهِ تَخْرُجُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ النِّفَاسَ نَوْعُ مَرَضٍ فَيُؤَخَّرُ إِلَى زَمَانِ البُرْءِ، بِخِلَافِ الرَّجْمِ؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِأَجْلِ الوَلَدِ وَقَدِ انْفَصَلَ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُؤَخَّرُ إِلَى أَنْ يَسْتَغْنِيَ وَلَدُهَا عَنْهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ يَقُومُ بِتَرْبِيَتِهِ؛ لِأَنَّ فِي التَّأْخِيرِ صِيَانَةَ الوَلَدِ عَنِ الضَّيَاعِ، وَقَدْ رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَالَ لِلْغَامِدِيَّةِ بَعْدَمَا وَضَعَتْ: ارْجِعِي حَتَّى يَسْتَغْنِيَ وَلَدُكِ» ثُمَّ الحُبْلَى تُحْبَسُ إِلَى أَنْ تَلِدَ إِنْ كَانَ الحَدُّ ثَابِتًا بِالبَيِّنَةِ كَيْ لَا تَهْرُبَ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَنْهُ عَامِلٌ فَلَا يُفِيدُ الحَبْسُ.

«استنزهوا البول» وهو جواز المثلة، فكذلك هاهنا دلَّ الدال على أن الحديث مقدم على قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ وهو ما ذكرنا.

قوله: وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ لِلْغَامِدِيَّةِ، الحديث، رُوي: «أن الغامدية رضي الله عنها لمَّا أقرَّت بالزنا بين يدي رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم وكانت حاملًا، فقال لها رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم: ارجعي حتى تضعي ما في بطنك، فلمَّا وضعت ما في بطنها جاءت ثانيًا وأقرَّت، قال لها: ارجعي حتى يستغنى ولدك، فقالت: أخاف أن أموت قبل أحد، فقال رجل: أنا أقوم بتربية ولدها، فأمر رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم برجمها»، فدلَّ أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان إذا لم يكن لولدها مربٍّ، كذا في «مبسوط فخر الإسلام» رحمه الله، والله تعالى أعلم.

(بَابُ الوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الحَدَّ وَالَّذِي لا يُوجِبُهُ)

قَالَ: (الوَطْءُ المُوجِبُ لِلْحَدِّ هُوَ الزِّنَا) وَإِنَّهُ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ وَاللِّسَانِ: وَطْءُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَشُبْهَةِ المِلْكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَحْظُورٌ، وَالحُرْمَةُ

باب الوطء الذي يُوجب الحد والذي لا يوجب

لمَّا ذكر كيفية إقامة الحدِّ شرع في بيان تنويع الوطء بين كونه موجبًا للحد وبين كونه غير موجب؛ لأن النوع بعد وجود نفس الشيء مع صفاته.

قوله: وَطْءُ الرَّجُلِ المَرْأَةَ فِي القُبُلِ فِي غَيْرِ المِلْكِ، وَشُبْهَةِ المِلْكِ، فإن قلتَ: من شرط الحدِّ أن يكون مطردًا ومنعكسًا، ثم هذا الذي ذكره من الحد مطرد وليس بمنعكس؛ لأنه لا يمكن أن يقال: كلما ليس بهذا الحد فليس بزنا؛ لما أن فعل المرأة في مثل هذا الفعل زنـًا، ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا، ولو قذفها قاذف بالزنا يجبُ عليه حد القذف إذا كانت عفيفة عن فعل الزنا كما في الرجل، وفعلها غير داخل في هذا الحد مع أنه زنـًا؛ لأن فعلها ليس بوطء للمرأة في القُبل إلى آخره.

قلتُ: ذلك داخل باعتبار التبعية بسبب التمكين طوعًا، والدليل على دخوله بطريق التبعية ما ذكره في «المبسوط»، وفيما يأتِي في الكتاب: أن في كل موضع يجب الحد على الرجل في الزنا يجبُ على المرأة، وفي كل موضع لا يجبُ على الرجل لا يجبُ على المرأة وإن كانت هيَ من أهل الوجوب عليها، بخلاف العكس، فإنه إذا لم يجب الحد على المرأة بأن جامع مجنونةً أو صبيَّة يجامع مثلها يجبُ على الرجل، وأمَّا إذا مكنت العاقلة البالغة نفسها من مجنون أو صبيّ لا يجب الحد عليها عندنا؛ لما أن فعلها تبع لفعله، فلمَّا لم يجب

عَلَى الإِطْلَاقِ عِنْدَ التَّعَرِّي عَنِ المِلْكِ وَشُبْهَتِهِ، يُؤَيِّدُ ذَلِكَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «ادْرَءُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» ثُمَّ الشُّبْهَةُ نَوْعَانِ: شُبْهَةٌ فِي الفِعْلِ وَتُسَمَّى شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ، وَشُبْهَةٌ فِي المَحَلِّ وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً، فَالأُولَى تَتَحَقَّقُ فِي حَقِّ مَنِ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا وَلَا بُدَّ مِنَ الظَّنِّ لِيَتَحَقَّقَ الِاشْتِبَاهُ،

على الأصل وهو الرجل لم يجب على التبع وهو المرأة، ولما كان كذلك ذكر الحد في حق المتبوع دون التبع لدخول التبع بدون الذكر.

قوله: وَتُسَمَّى شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ، أي: هيَ شبهة في حق من اشتبه عليه وليست بشبهة في حق من لم تشبه عليه، حتى أنه لو قال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ حد.

قوله: وَتُسَمَّى شُبْهَةً حُكْمِيَّةً، وتسمى أيضًا شبهة ملك فإنَّها لا توجب وإن قال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ.

أو نقول الشبهة على نوعين:

شبهة في الفعل: وهي أن يظن الإنسان غير دليل الحل دليلًا، وهذه الشبهة مانعة للحد على تقدير دعوى الاشتباه لا غير.

وشبهة في المحل: وهي عبارة عن قيام العلة بلا عمل لمانع اتصل بها، وهي مانعة للحدِّ على التقادير كلها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، والإمام المرغيناني رحمهما الله.

وذكر في «الإيضاح»: جملة هذا الباب أن الشبهة إذا كانت في الموطوئة يسقط الحد سواء ادعى الظن أوْ لا؛ لأن الملك إذا ثبتَ من وجه لم يبق معه اسم الزنا، فإن كانت الشبهة في الفعل فإن ادعى أنه ظنَّ أنها حلال لم يجب الحد، ثمَّ لو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر ذلك فلا حدَّ عليهما حتى يقرَّا جميعًا أنَّهما قد علما بالحرمة؛ لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل في أحد الجانبين تعدَّى إلى الجانب الآخر ضرورة.

قوله: لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنْ يُظَنَّ غَيْرُ الدَّلِيلِ دَلِيلًا، كما إذا ظنَّ أن جارية امرأته تحل له بناءً

وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ وَلا تَتَوَقَّفُ عَلَى ظَنِّ الجَانِي وَاعْتِقَادِهِ، وَالحَدُّ يَسْقُطُ بِالنَّوْعَيْنِ لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ، وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيَةِ إِذَا ادَّعَى الوَلَدَ، وَلا يَثْبُتُ فِي الأُولَى وَإِنِ ادَّعَاهُ لِأَنَّ الفِعْلَ تَمَحَّضَ زِنًا فِي الأُولَى؛ وَإِنْ سَقَطَ الحَدُّ لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِبَاهُ الأَمْرِ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتَمَحَّضْ فِي الثَّانِيَةِ، فَشُبْهَةُ

على أن الوطء نوع استخدام، والاستخدام يحل فكذا الوطء.

قوله: وَالثَّانِيَةُ تَتَحَقَّقُ، أي: تكون شبهة في حقِّ الكل، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: بِقِيَامِ الدَّلِيلِ النَّافِي لِلْحُرْمَةِ فِي ذَاتِهِ، وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أنت ومالك لأبيك».

قوله: وَالحَدُّ يَسْقُطُ بِالنَّوْعَيْنِ - أي: نوعي الشبهة، وهما شبهة الفعل وشبهة المحل - لِإِطْلَاقِ الحَدِيثِ - وهو قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ادْرَءُوا الحدود بالشبهات» - وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ فِي الثَّانِيَةِ؛ لأنه ليس بزنًا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَلا يَثْبُتُ فِي الأُولَى وَإِنِ ادَّعَاهُ، أي: لا يثبت النسب في شبهة الفعل وإن ادَّعاه، لكن هذا ليس بمجرًى على العموم، فإن في المطلقة الثلاث يثبت النسب؛ لأن هذا وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب.

وفي «الإيضاح»: والمختلعة والمطلقة بعوض ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثًا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: تَمَحَّضَ، أي: خلص من المحض وهو اللبن الخالص الذي لم يخالطه شيء.

قوله: لِأَمْرٍ رَاجِعٍ إِلَيْهِ، أي: إلى الوطء، بخلاف الشبهة في المحل فإنَّها غير مختصة بالواطئ، بل شبهة الملك في حقِّ الكل ثابتة لقيام الدليل النافي في ذاته، فلذلك عمَّ حكمُه في الظن وعدمه في سقوط الحد.

قوله: وَلَمْ يَتَمَحَّضْ فِي الثَّانِيَةِ، وهي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي

الفِعْلِ فِي ثَمَانِيَةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَزَوْجَتُهُ، وَالمُطَلَّقَةُ ثَلاثًا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَأُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَهَا مَوْلاهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ، وَجَارِيَةُ المَوْلَى فِي حَقِّ العَبْدِ،

على حل الوطء.

قوله: جَارِيَةُ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَزَوْجَتُهُ، وكذلك جارية جده وإن علا، فإن قال: علمتُ أنها عليَّ حرام حدَّ؛ لأن فعله تمحض حرامًا لانعدام دليل الملك أو العقد، وإن قال: ظننتُ أنَّها تحل لي لا يحد؛ لأن الإنسان ينتفع بمال هولاء حسب انتفاعه بمال نفسه، فكان هذا ظنًّا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد، وإن قال الرجل: علمتُ أنَّها عليَّ حرام، وقالت الجارية: ظننتُ أنه يحل لي، لا يحد واحد منهما، أمَّا المرأة لدعوى الشبهة، وأمَّا الرجل لأن الزنا يقوم بهما، فإذا سقط الحدُّ عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء.

قوله: وَالمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا، فقد ذكرنا أن النسب يثبت منهما، ثم إنَّما لا يجب الحد فيه إذا قال الرجل: ظننُت أنَّها تحل لي؛ لأن بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى، وحرمة نكاح الأخت، وثبوت النسب، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسبُ إلى سنتين.

فإن قيل: بين الناس اختلاف إن من طلق امرأته ثلاثًا هل يقع أم لا؟ فينبغي أن يصير ذلك شبهة في إسقاط الحد، قلنا: هذا اختلاف غير معتد به، حتى لا يسع للقاضي أن يقضى به ولو قضى لا ينفذ، أرايتَ لو وطئها بعد العدة أكنَّا نسقط الحد عنه لقول من يقول لا يقع.

قوله: وَبَائِنًا بِالطَّلَاقِ عَلَى مَالٍ، وإنما قيَّد البينونة بالمال؛ لأن البينونة إذا حصلت بدون المال فوطئها في العدَّة فلا حدَّ عليه، وإن قال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ على ما يجيء.

قوله: وَأُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَهَا مَوْلاهَا وَهِيَ فِي العِدَّةِ؛ لما قلنا في المطلقة ثلاثًا وهي في العدة؛ لأن أثر الفراش باقي لمولاها فكان الظن في موضع الاشتباه.

قوله: وَجَارِيَةُ المَوْلَى فِي حَقِّ العَبْدِ، لانبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله،

وَالجَارِيَةُ المَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ، فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لا حَدَّ عَلَيْهِ إِذَا قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي، وَلَوْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ وَجَبَ الحَدُّ. وَالشُّبْهَةُ فِي المَحَلِّ فِي سِتَّةِ مَوَاضِعَ: جَارِيَةُ ابْنِهِ، وَالمُطَلَّقَةُ طَلَاقًا بَائِنًا بِالكِنَايَاتِ، وَالجَارِيَةُ المَبِيعَةُ فِي حَقِّ البَائِعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَالمَمْهُورَةُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ قَبْلَ القَبْضِ، وَالمُشْتَرَكَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَالمَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ

فجاز أن يظن حلّ الانبساط فيها بالوطء.

قوله: وَالجَارِيَةُ المَرْهُونَةُ فِي حَقِّ المُرْتَهِنِ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الحُدُودِ، يعني: إذا قال المرتهن: ظننتُ أنَّها تحل لي، لا يجب الحد وإلا فيجب، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحدُّ سواء ادعى الظن أو لم يدع كما في الجارية المشتركة، وهكذا أيضًا ذكر في «الذخيرة»، وشروح «الجامع الصغير».

وذكر في «الإيضاح»: وأمَّا المرهونة إذا وطئها المرتهن فقال ظننتُ أنَّها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن أنه لا يجب الحد، وذكر في كتاب الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنُّه؛ لأن الاستيفاء من عينها لا يتصوَّر، وإنما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلًا في محل الاستيفاء، فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

ثم وجه رواية على ما عليه عامة الروايات سوى رواية «الإيضاح» ظاهر؛ لأنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد، اشتبه عليه أو لم يشتبه، قياسًا على ما لو وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار، وإنما قلنا انعقد له فيها سبب الملك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفيًا حقه من وقت الرهن، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويأخذ حقيقة الملك وقت الهلال.

ووجه ما ذكر في كتاب الحدود وهو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهه حكمية قياسًا على الإجارة، فإن عقد الإجارة لمَّا لم يفد ملك المتعة بحال لم يورث قيام الإجارة في المحل شبهة حكميَّة، فعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه

كِتَابِ الرَّهْنِ، فَفِي هَذِهِ المَوَاضِعِ لا يَجِبُ الحَدُّ وَإِنْ قَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ، ثُمَّ الشُّبْهَةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَثْبُتُ بِالعَقْدِ وَإِنْ كَانَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحْرِيمِهِ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ، وَعِنْدَ البَاقِينَ لا تَثْبُتُ إِذَا عَلِمَ بِتَحْرِيمِهِ، وَيَظْهَرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ المَحَارِمِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، إِذَا عَرَفْنَا هَذَا.

(وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثًا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَالَ عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ) لِزَوَالِ المِلْكِ المُحَلِّلِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فَتَكُونُ الشُّبْهَةُ مُنْتَفِيَةً وَقَدْ نَطَقَ الكِتَابُ بِانْتِفَاءِ الحِلِّ وَعَلَى ذَلِكَ الإِجْمَاعُ، وَلا يُعْتَبَرُ قَوْلُ المُخَالِفِ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ خِلافٌ لا اخْتِلافٌ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي لا يُحَدُّ لِأَنَّ الظَّنَّ فِي مَوْضِعِهِ لِأَنَّ أَثَرَ المِلْكِ قَائِمٌ فِي حَقِّ النَّسَبِ وَالحَبْسِ وَالنَّفَقَةِ فَاعْتُبِرَ ظَنُّهُ فِي إِسْقَاطِ الحَدِّ، وَأُمُّ الوَلَدِ إِذَا أَعْتَقَهَا مَوْلاهَا وَالمُخْتَلِعَةُ وَالمُطَلَّقَةُ عَلَى مَالٍ بِمَنْزِلَةِ المُطَلَّقَةِ الثَّلاثَ لِثُبُوتِ الحُرْمَةِ بِالإِجْمَاعِ وَقِيَامِ بَعْضِ الآثَارِ فِي العِدَّةِ.

أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة، إلا أنه لا يجب عليه الحد إذا اشتبه عليه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه؛ لأن ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة إن لم يكن سببًا لملك الرهن، وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه عليه أنه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة، بخلاف الإجارة؛ لأن الثابت بالإجارة ملك المنفعة، ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال، فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه.

وبخلاف البيع بشرط الخيار؛ لأنه إنما يفيد له الملك حال قيام الجارية، وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة، وهاهنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك، وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له المتعة بحال من الأحوال، فكان بمنزلة ملك المنفعة، كذا في «الذخيرة»، وشروح «الجامع الصغير».

(وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ أَوْ أَمْرُكِ بِيَدِكِ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ وَطِئَهَا فِي العِدَّةِ وَقَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ لَمْ يُحَدَّ) لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِيهِ؛ فَمِنْ مَذْهَبِ عُمَرَ أَنَّهَا تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وَكَذَا الجَوَابُ فِي سَائِرِ الجِنَايَاتِ وَكَذَا إِذَا نَوَى ثَلَاثًا لِقِيَامِ الِاخْتِلَافِ مَعَ ذَلِكَ (وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ

قوله: وَلَا حَدَّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، أي: وإن كان ولده حيًّا، فإنه ذكر في «خزانة الفقيه» لأبي الليث رحمه الله: إذا زنى بجاريةِ نافلتِه والأبُ في الأحياء وقال: ظننتُ أنَّها عليَّ حرامٌ لا يحد ويثبت النسب، وتعليل الكتاب أيضًا يشير إلى هذا وهو **قوله:** وَالأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ، بعد **قوله:** «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ».

وقصة الحديث عجيبة نذكرها تكثيرًا للفوائد، وهي ما رُوي أن شيخًا أتى النبي صلَّى الله عليه وسلَّم بابن له وقال: إن ابني هذا له مال كثير وإنه لا ينفق عليَّ من ماله، فنزل جبريل عليه السلام وقال: إن هذا الشيخ قد انشأ في ابنه أبياتًا ما قرع سمعك بمثلها فاستنشدها، فأنشدها الشيخ وقال، شعر:

غَذَوْتُك مَوْلُودًا وَمِنْتُكَ يَافِعًا * تُعَلُّ بِمَا أَجْنِي عَلَيْك وَتَنْهَلُ
إذَا لَيْلَةٌ ضَاقَتْك بِالسُّقْمِ لَمْ أَبِتْ * لِسُقْمِك إلَّا بَاكِيًا أَتَمَلْمَلُ
كَأَنِّي أَنَا الْمَطْرُوقُ دُونَكَ بِالَّذِي * طُرِقْتَ بِهِ دُونِي وَعَيْنِي تَهْمُلُ
فَلَمَّا بَلَغْتَ السِّنَّ وَالْغَايَةَ الَّتِي * إِلَيْهَا مَدَى مَا كُنْتُ فِيكَ أُؤَمِّلُ
جَعَلْتَ جَزَائِي غِلْظَةً وَفَظَاظَةً * كَأَنَّكَ أَنْتَ الْمُنْعِمُ الْمُتَفَضِّلُ
فَلَيْتَكَ إِذْ لَمْ تَرْعَ حَقَّ أُبُوَّتِي * فَعَلْتَ كَمَا الْجَارُ الْمُجَاوِرُ يَفْعَلُ
تَرَاهُ مُعَدًّا لِلْخِلَافِ كَأَنَّهُ * بِرَدٍّ عَلَى أَهْلِ الصَّوَابِ مُوَكَّلُ

فغضب رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم وقال: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ) لِأَنَّ الشُّبْهَةَ حُكْمِيَّةٌ لِأَنَّهَا نَشَأَتْ عَنْ دَلِيلٍ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَالأُبُوَّةُ قَائِمَةٌ فِي حَقِّ الجَدِّ. قَالَ (وَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الجَارِيَةِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ (وَإِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ أَوْ زَوْجَتِهِ وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى قَاذِفِهِ، وَإِنْ قَالَ: عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَيَّ حَرَامٌ حُدَّ، وَكَذَا العَبْدُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ مَوْلَاهُ) لِأَنَّ بَيْنَ هَؤُلَاءِ انْبِسَاطًا فِي الِانْتِفَاعِ فَظَنَّهُ فِي الِاسْتِمْتَاعِ فَكَانَ شُبْهَةَ اشْتِبَاهٍ إِلَّا أَنَّهُ زِنًا حَقِيقَةً فَلَا يُحَدُّ قَاذِفُهُ، وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الجَارِيَةُ: ظَنَنْتُ أَنَّهُ يَحِلُّ لِي وَالفَحْلُ لَمْ يَدَّعِ

يقال: غذوتُ الصبيَّ باللبن، إذا ربَّيتَه فاغتذى به، ولا يقال: غذيتُه، مانَه يمونه مونـاً: إذا احتمل مؤنته وقام بكفايته، أيفع الغلام: أي: ارتفع فهو يافع، ولا يقال: موفعٌ وهو من النوادر، حنيتُ العود: عطفته من حدِّ ضربَ، العلل: الشرب الثاني، علَّهَ يَعِلُّه عَلًّا إذا سقاه السقية الثانية، وعلَّ بنفسه يتعدي ولا يتعدي، وهاهُنا غير متعدٍّ إلى المفعول الثاني بدلالة **قوله:** تَنْهَلُ، فإن النهل هو الشرب الأول، وقد نَهِل بالكسرة وأَنْهَلته أنا، أي: كنت تشرب الشربة الأولى والثانية عند سقيي إيَّاك مرَّة بعد أخرى بسبب محبتي وإشفاقي عليك، والمراد به التربية مرَّة بعد أخرى على الدَّوام لا الحصر على المرتين.

يقال: طرق فلان طروقـاً فهو طارق، إذا جاء بليل، ثم صرف الخطاب إلى الغير في آخر الأبيات **بقوله:** تَرَاهُ مُعَدًّا لِلْخِلَافِ، أي: ترى ابني مهيَّئـاً لأن يخالف قولي وفعلي، مع أن أهل الصواب يقولون له بالموافقة وهو يرد قولهم، كأنه وكله موكِّل بأن يرد قول أهل الصواب عليهم.

قوله: فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، ثمَّ إذا سقط الحد لمكان الشبهة ينظر إن حبلت وولدت ثبت النسب ولا يجب العقر؛ لتملكه إيَّاها سابقـاً على الوطء، وإن لم تحبل فعلى الأب العقر ولا يثبت الملك له فيها، وقد ذكر في النكاح.

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَتِ الجَارِيَةُ، معطوف على **قوله:** وَقَالَ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ.

فِي الظَّاهِرِ لِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ (وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ أَوْ عَمِّهِ وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حُدَّ) لِأَنَّهُ لا انْبِسَاطَ فِي المَالِ فِيمَا بَيْنَهُمَا وَكَذَا سَائِرُ المَحَارِمِ سِوَى الوِلَادِ لِمَا بَيَّنَّا. (وَمَنْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ وَقَالَتِ النِّسَاءُ: إِنَّهَا زَوْجَتُكَ فَوَطِئَهَا لا حَدَّ

قوله: فِي الظَّاهِرِ، يتصل بقوله: وَكَذَا، أي: لأحد على العبد في ظاهر الرواية إذا قالت الجارية: ظننتُ أنه تحل لي، وإن لم يدع العبد ظنَّ الحل.

قوله: لِأَنَّ الفِعْلَ وَاحِدٌ، فورود الشبهة في أحد الجانبين يكفي لإسقاط الحدِّ عن الآخر.

فإن قيل: يشكل على هذا بما إذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضًا واحد؟

قلنا: نعم كذلك إلا أن سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة، فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية، وأمَّا هنا عدم الوجوب على الجارية باعتبار الشبهة، والشبهة إذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين فيؤثر في الجانب الآخر لا محالة.

قوله: وَإِنْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَخِيهِ ... وَقَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّهَا تَحِلُّ لِي حُدَّ، فإن قيل: لِمَ لم يجعل هذا كالسرقة، يعني: إذا سرق مال أخيه وأخته لا يقطع؟

قلنا: لأن بعضهم هناك يدخل بيت البعض بغير استيذان ولا حشمة، فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز، وأمَّا هاهنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الحل ولا شبهته فيجبُ الحد.

قوله: وَمَنْ زُفَّتْ، أي: بُعثت، وفي «الإيضاح»: وأمَّا إذا زُفَّت إليه غير امرأته فقد جعله من عداد شبهة الاشتباه، وهو شبهة في الفعل، وليس كذلك فإنها إذا جاءت بولد ثبت النسب، وفي كل موضع ترجع الشبهة إلى الفعل دون المحل لا يوجب ثبوت هذا النسب، والمزفوفة وإن كانت شبيهة بشبهة الاشتباه ولكن الفعل إذا صدر منه بناءً على دليل أطلق له الشرع العمل، وهو الإخبار بأنَّها امرأته ولا دليل معه عليه سوى هذا أنزل الشرع الملك

عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ) قَضَى بِذَلِكَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَبِالعِدَّةِ، وَلِأَنَّهُ اعْتَمَدَ دَلِيلًا وَهُوَ الإِخْبَارُ فِي مَوْضِعِ الِاشْتِبَاهِ، إِذِ الإِنْسَانُ لا يُمَيِّزُ بَيْنَ امْرَأَتِهِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ فَصَارَ كَالمَغْرُورِ، وَلا يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ المِلْكَ مُنْعَدِمٌ حَقِيقَةً (وَمَنْ وَجَدَ امْرَأَةً عَلَى فِرَاشِهِ فَوَطِئَهَا فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّهُ لا اشْتِبَاهَ بَعْدَ طُولِ الصُّحْبَةِ فَلَمْ يَكُنِ الظَّنُّ مُسْتَنِدًا إِلَى دَلِيلٍ، وَهَذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرُهَا مِنَ المَحَارِمِ الَّتِي فِي بَيْتِهَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ أَعْمَى لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ التَّمْيِيزُ بِالسُّؤَالِ وَغَيْرِهِ، إِلَّا إِنْ كَانَ دَعَاهَا فَأَجَابَتْهُ أَجْنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ فَوَاقَعَهَا لِأَنَّ الإِخْبَارَ دَلِيلٌ. (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لا يَجِبُ عَلَيْهِ الحَدُّ عِنْدَ

كالمتحقق لدفع ضرر الغرور، كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور، كذلك هاهنا.

قوله: إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، فإن إحصانه لا يسقط عنده؛ لأنه بنى الحكم على الظاهر، فقد كان هذا الوطء حلالًا له في الظاهر فلا يسقط إحصانه، ولكنا نقول: لمَّا تبين الأمر بخلاف الظاهر إنما بقي اعتبار الظاهر في إيراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهذَا لِأَنَّهُ قَدْ يَنَامُ عَلَى فِرَاشِهَا غَيْرُهَا، فلا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلًا شرعيًّا فكان مقصرًا فيجب الحدُّ.

قوله: فَأَجَابَتْهُ أَجْنَبِيَّةٌ وَقَالَتْ: أَنَا زَوْجَتُكَ، إنما قيَّد بقوله: أنا زوجتك؛ لأنه لو لم يقل ذلك فأجابته بالفعل حين دعى الأعمى امرأته فقال: يا فلانة فأجابته غيرها فواقع عليها يحدُّ، أمَّا إذا قالت: أنا فلانة عند إجابتها بالفعل فلا يحدُّ، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا فَوَطِئَهَا لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الحَدُّ - سواءٌ كان عالمـًا بذلك أو غير عالم - عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةً إِذَا كَانَ عَالِمًا

أَبِي حَنِيفَةَ) وَلَكِنْ يُوجَعُ عُقُوبَةً إِذَا كَانَ عَلِمَ بِذَلِكَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ وَالشَّافِعِيُّ: عَلَيْهِ الحَدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَمْ يُصَادِفْ مَحَلَّهُ فَيَلْغُو كَمَا إِذَا أُضِيفَ إِلَى الذُّكُورِ، وَهَذَا لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَكُونُ مَحَلًّا لِحُكْمِهِ، وَحُكْمُهُ الحِلُّ وَهِيَ مِنَ المُحَرَّمَاتِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ العَقْدَ صَادَفَ مَحَلَّهُ لِأَنَّ مَحَلَّ التَّصَرُّفِ مَا يَقْبَلُ مَقْصُودَهُ، وَالأُنْثَى مِنْ بَنَاتِ آدَمَ قَابِلَةٌ لِلتَّوَالُدِ وَهُوَ المَقْصُودُ،

بِذَلِكَ، وعندهما إن كان عالماً بذلك فعليه الحدُّ في كل امرأة إذا كانت ذات زوج أو محرمة عليه على التأبيد.

وحجتهما في ذلك أن فعله هذا زناً، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ إلى قوله: ﴿إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً﴾ [النساء: ٢٢]، فالفاحشة اسم الزنا.

ووجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه الصلاة والسلام: «أيّما امرأة نكَحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلما المهر بما استحل من فرجها»، فمع الحكم ببطلان النكاح أسقط الحد به، فهو دليل على أن صورة العقد مسقطة للحد وإن كان باطلًا شرعًا، ولأن هذا الفعل ليس بزناً لغة؛ لأن أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد، فعرفنا أن الوطء المرتَّب على عقد لا يكون زناً لغةً وكذلك شرعًا؛ لأن هذا الفعل كان حلالًا في شريعة من قبلنا، والزنا ما كان حلالًا قطُّ، وكذلك أهل الذمة يقرون على هذا ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه، وكذلك لا تنسب أولادهم إلى أولاد الزنا، فلمَّا لم يكن هذا زناً لم يجب حد الزنا، فلو وجب بعد ذلك إنما وجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد.

والدليل على ما قلنا ملك اليمين، فإن من وطئ أمته التي هي أخته من الرضاع لا يلزمه الحد، والنكاح في كونه مشروعًا للحل أقوى من ملك اليمين، ثم ملك اليمين في محل لا يوجب الحل بحال يصير شبهة في إسقاط الحد فعقد النكاح أوْلَى، وأمَّا الآية فاسم الفاحشة لا يختص بالزنا، بل هي اسم لجميع ما هو حرام، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا

وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَنْعَقِدَ فِي جَمِيعِ الأَحْكَامِ إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ إِفَادَةِ حَقِيقَةِ الحِلِّ فَيُورِثُ الشُّبْهَةَ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مَا يُشْبِهُ الثَّابِتَ لا نَفْسَ الثَّابِتِ، إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ.

(وَمَنْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الفَرْجِ يُعَزَّرُ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ (وَمَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي المَوْضِعِ المَكْرُوهِ أَوْ عَمِلَ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَيُعَزَّرُ، وَزَادَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَيُودَعُ فِي السِّجْنِ، وَقَالَا: هُوَ كَالزِّنَا فَيُحَدُّ) وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ، وَقَالَ فِي قَوْلٍ يُقْتَلَانِ بِكُلِّ حَالٍ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اُقْتُلُوا الفَاعِلَ وَالمَفْعُولَ» وَيُرْوَى «فَارْجُمُوا الأَعْلَى وَالأَسْفَلَ» وَلَهُمَا أَنَّهُ فِي مَعْنَى الزِّنَا لِأَنَّهُ قَضَاءُ الشَّهْوَةِ فِي مَحَلٍّ مُشْتَهًى عَلَى سَبِيلِ الكَمَالِ عَلَى وَجْهِ تَمَحَّضَ حَرَامًا لِقَصْدِ سَفْحِ المَاءِ، وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا؛

ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأنعام: ١٥١]، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: فِيمَا دُونَ الفَرْجِ، أي: في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين.

وفي «المبسوط»: ومن أتى امرأة أجنبية في دبرها فعليه الحد في قول أبي يوسف ومحمد، والتعزير في قول أبي حنيفة رحمهم الله، وكذلك اللواطة عند أبي حنيفة توجب التعزير عليهما، وعند أبي يوسف ومحمد يحدان حد الزنا يعني يرجمان إن كانا محصنين، ويجلدان إن كانا غير محصنين، ولهما أنه في معنى الزنا فيثبت الحد بدلالة النص لا بالقياس؛ لأن المساواة بينهما ثابتة في جميع المعاني، أو الإتيان في الدبر أقوى في الحرمة من الإتيان في القُبل.

قوله: عَلَى سَبِيلِ الكَمَالِ، احتراز عن البهيمة، فإن اقتضاء الشهوة في البهيمة ليس على وجه الكمال.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا، لغةً ألا ترى أنه ينفي عنه هذا الاسم بإثبات غيره، فيقال: لاط

لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فِي مُوجِبِهِ مِنَ الإِحْرَاقِ بِالنَّارِ وَهَدْمِ الجِدَارِ وَالتَّنْكِيسِ مِنْ مَكَانٍ مُرْتَفِعٍ بِاتِّبَاعِ الأَحْجَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى

وما زنى، ولذلك أهل اللغة فصَّلوا بينهما، قال القائل، شعر:

مِنْ كَفِّ ذَاتِ حُرٍّ فِي زِيِّ ذِي ذَكَرٍ * لَهَا مُحِبَّانِ لُوطِيٌّ وَزَنَّاءُ

فقد غايرَ بينهما في الاسم، فلا بدَّ من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد، كذا في «المبسوط».

وأول البيت شعر:

دَعْ عَنْك لَوْمِي فَإِنَّ اللَّوْمَ إِغْرَاءُ * وَدَاوِنِي بِالَّتِي كَانَتْ هِيَ الدَّاءُ

صَفْرَاءُ لَا تَنْزِلُ الأَحْزَانُ سَاحَتَهَا * لَوْ مَسَّهَا حَجَرٌ مَسَّتْهُ سَرَّاءُ

وفي «روضة الإمام الزندويستي» رحمه الله: الخلاف في الغلام، أمَّا لو وطئ امرأة في الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف.

ولو فعل هذا بعبده أو بأمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف، كذا في «الفتاوى الظهيريَّة».

وفي «جمع والدي» رحمه الله: هل تكون اللواطة في الجنة؟ قال بعضهم: هذا على أصل، وهو إن كان اللواطة حرمت في الدنيا عقلًا وسمعًا لا يباح في الجنة، وإن حرمت سمعًا لا عقلًا تباح، والصحيح أنَّها لا تكون؛ لأن الله تعالى استبعد ذلك واستقبح فقال: ﴿مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ ۝٨٠﴾ [الأعراف: ٨٠]، وسمَّاه خبثًا بقوله: ﴿كَانَت تَّعْمَلُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأنبياء: ٧٤]، والجنة منزهة عن الخبائث، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِاخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فِي مُوجِبِهِ، فرُوي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنَّهما يحرقان بالنار، وبه أمر في السبعة الذين وجدوا على اللواطة، وكان عليٌّ رضي الله عنه يقول: يحدان إن كانا غير محصنين، ويرجمان إن كانا محصنين، وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول: يُعلى أعلى الأماكن من القرية ثم يلقى منكوسًا فيتبع بالحجارة، وهو قوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَا عَٰلِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً﴾ [الحجر: ٧٤]، وكان

الزِّنَا لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِضَاعَةُ الوَلَدِ وَاشْتِبَاهُ الأَنْسَابِ، وَكَذَا هُوَ أَنْدَرُ وُقُوعًا لِانْعِدَامِ الدَّاعِي مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ وَالدَّاعِي إِلَى الزِّنَا مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ أَوْ عَلَى المُسْتَحِلِّ إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ. (وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً لا حَدَّ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الزِّنَا فِي كَوْنِهِ جِنَايَةً وَفِي وُجُودِ الدَّاعِي لِأَنَّ الطَّبْعَ السَّلِيمَ يَنْفِرُ عَنْهُ وَالحَامِلُ عَلَيْهِ نِهَايَةُ السَّفَهِ أَوْ فَرْطُ الشَّبَقِ وَلِهَذَا لا يَجِبُ سَتْرُهُ،

ابن الزبير رضي الله عنه يقول: يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتنًا، كذا في «المبسوط».

قوله: لِانْعِدَامِ الدَّاعِي مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ، فلذلك لم يترتب عليه حكم الزنا الذي له دعا من الجانبين.

فإن قلتَ: وجود الدعاء من أحد الجانبين يكفي لإيجاب حد الزنا، كما لو زنا بالغ بصبية حيث يجبُ الحد على البالغ مع أن الداعي جانبه لا غير.

قلتُ: الصغيرة إذا بلغت مبلغًا يحتمل الجماع كان أصل الداعي فيها موجودًا؛ ولأن التغاير بين الزنا وغير الزنا يمنع الاستدلال، وفي الصغيرة زنى، بخلاف اللواطة.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عِنْدَهُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى قوله: إِلَّا أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ.

قوله: وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، ولكن يعزر، ومن الناس من أوجب عليه الحد لحديث رُوِيَ أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «من أتى بهيمة فاقتلوه» ولكن الحديث شاذ لا يثبت الحد بمثله، ولو ثبتَ فتأويله في حق من استحل ذلك الفعل، والإيلاج فيه بمنزلة الإدخال في كوز، ولهذا قلنا لا تنتقض طهارته بنفس الإيلاج من غير إنزال، ولكن يعزر لارتكاب ما لا يحل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِهَذَا لا يَجِبُ سَتْرُهُ، أي: لا يجب ستر فرج البهيمة، وإنَّما ذكر هذا من غير سبق ذكر الفرج؛ لما أن في «المبسوط» ذكر هذا اللفظ ولكن بعد ذكر فرج البهيمة؛ ولأنه سبق

إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَالَّذِي يُرْوَى أَنَّهُ تُذْبَحُ البَهِيمَةُ وَتُحْرَقُ فَذَلِكَ لِقَطْعِ التَّحَدُّثِ بِهِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ (وَمَنْ زَنَى فِي دَارِ الحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ البَغْيِ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا لا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ) وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ يُحَدُّ لِأَنَّهُ التَزَمَ بِإِسْلَامِهِ أَحْكَامَهُ أَيْنَمَا كَانَ مَقَامُهُ، وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَرْبِ» وَلِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الِانْزِجَارُ وَوِلَايَةُ الإِمَامِ مُنْقَطِعَةٌ فِيهِمَا فَيُعَرَّى الوُجُوبُ عَنِ الفَائِدَةِ،

ذكر وطء البهيمة فكان هذا كذكر فرج البهيمة.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُعَزَّرُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وهو **قوله:** ارْتَكَبَ جَرِيمَةً، والذي يُروى أنه تذبح البهيمة، وهو ما رُوي عن عليّ بن طالب رضي الله عنه أنه أُتِي برجل أتى بهيمةً، فأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار، وهذا ليس بواجب عندنا، وتأويله أنه فعل ذلك كيلا يعيّر الرجل بها إذا كانت البهيمة باقية، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا، أي: خرج إلينا وأقرَّ عند الإمام بالزنا.

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لا تُقَامُ الحُدُودُ فِي دَارِ الحَرْبِ»، فوجه التمسك به هو أن يقول: إن النبي صلّى الله عليه وسلّم لم يرد به حقيقة عدم الإقامة حسًّا؛ لأن كل أحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد.

فإن قيل: هذا الحديث معارض لقوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور: ٢] فلا تقبل.

قلنا: خصَّ مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد.

وذكر في «المبسوط»: والمعنى فيه أن الوجوب لا يراد لعينه بل للاستيفاء وقد انعدم المستوفي؛ لأنه لا يملك إقامة الحدِّ على نفسه، وليست للإمام ولايةٌ على من في دار الحرب ليقيم عليه الحد، فامتنعَ الوجوب لانعدام المستوفي، وإذا لم يجب عليه حين باشر السبب لا يجب عليه بعد ذلك وإن خرج إلينا.

وَلا تُقَامُ بَعْدَ مَا خَرَجَ لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً، وَلَوْ غَزَا مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الإِقَامَةِ بِنَفْسِهِ كَالخَلِيفَةِ وَأَمِيرِ مِصْرَ يُقِيمُ الحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى فِي مُعَسْكَرِهِ لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ، بِخِلَافِ أَمِيرِ العَسْكَرِ وَالسَّرِيَّةِ لِأَنَّهُ لَمْ تُفَوَّضْ إِلَيْهِمَا الإِقَامَةُ.

(وَإِذَا دَخَلَ حَرْبِيٌّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَزَنَى بِذِمِّيَّةٍ أَوْ زَنَى ذِمِّيٌّ بِحَرْبِيَّةٍ يُحَدُّ الذِّمِّيُّ وَالذِّمِّيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلا يُحَدُّ الحَرْبِيُّ وَالحَرْبِيَّةُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الذِّمِّيِّ) يَعْنِي إِذَا زَنَى بِحَرْبِيَّةٍ، فَأَمَّا إِذَا زَنَى الحَرْبِيُّ بِذِمِّيَّةٍ لا يُحَدَّانِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ

قوله: لِأَنَّهَا لَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً، أنَّث ضمير الزنا في **قوله:** لِأَنَّهَا، بتأويل الفاحشة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢]، أو بتأويل الوطئة.

قوله: وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي الذِّمِّيِّ، يعني: إذا زنى بحربيَّة، يعني: يحد الذمي ولا تحد الحربية، وحاصل الاختلاف وهو شمول الوجوب في الذمي والذمية، وشمول العدم في الحربي والحربيَّة عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا الشمول لا يتغير بتغير في الطرف الآخر بكونه حربيًّا أو ذميًّا، وذكرًا أو أنثى، وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية، وأمَّا في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والأنثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي ولا تحد الحربيَّة، وفي العكس لا يُحَدَّانِ، أي: إِذَا زَنَى حَرْبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ، وعند أبي يوسف رحمه الله في القول الآخر شمول الوجوب في الأنواع كلها.

وفي «المبسوط»: فأمَّا في جانب المرأة المسلمة والذمية فمحمد يقول: لا حدَّ عليها أيضًا؛ لأنها مكَّنت نفسها من فاعل لا يلتزم الحد بفعله، فهو كالتمكين من صبيٍّ أو مجنون؛ وهذا لأن الكفار لا يخاطبون بالشرائع عندنا، وما هو من خالص حق الله تعالى فالخطاب فيه قاصر عن الكافر كما هو قاصر عن الصبيِّ والمجنون، وقاسَ هذا بما لو مكَّنت نفسها من مكره فإنه لا يجب الحد عليها فيه، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: فعل المستأمن زنا؛ بدليل أنه لو قذفه قاذف به بعد الإسلام لم يلزمه الحد، فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا ويقام عليها الحد،

وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَوَّلًا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّونَ كُلُّهُمْ) وَهُوَ قَوْلُهُ الآخَرُ، لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المُسْتَأْمَنَ التَزَمَ أَحْكَامَنَا مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي دَارِنَا فِي المُعَامَلَاتِ، كَمَا أَنَّ الذِّمِّيَّ التَزَمَهَا مُدَّةَ عُمْرِهِ، وَلِهَذَا يُحَدُّ حَدَّ القَذْفِ وَيُقْتَلُ قِصَاصًا، بِخِلَافِ حَدِّ الشُّرْبِ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُ إِبَاحَتَهُ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ مَا دَخَلَ لِلْقَرَارِ بَلْ لِحَاجَةٍ كَالتِّجَارَةِ وَنَحْوِهَا فَلَمْ يَصِرْ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَلِهَذَا يُمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى دَارِ الحَرْبِ وَلَا يُقْتَلُ المُسْلِمُ وَلَا الذِّمِّيُّ بِهِ، وَإِنَّمَا التَزَمَ مِنَ الحُكْمِ مَا يَرْجِعُ إِلَى تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ حُقُوقُ العِبَادِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَمِعَ فِي الإِنْصَافِ يَلْتَزِمِ الِانْتِصَافَ، وَالقِصَاصُ وَحَدُّ القَذْفِ مِنْ حُقُوقِهِمْ، أَمَّا حَدُّ الزِّنَا فَمَحْضُ حَقِّ الشَّرْعِ، وَلِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ الأَصْلَ فِي بَابِ الزِّنَا فِعْلُ الرَّجُلِ وَالمَرْأَةِ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، فَامْتِنَاعُ الحَدِّ فِي حَقِّ الأَصْلِ يُوجِبُ امْتِنَاعَهُ فِي حَقِّ التَّبَعِ، أَمَّا الِامْتِنَاعُ فِي حَقِّ التَّبَعِ لَا يُوجِبُ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّ الأَصْلِ، نَظِيرُهُ إِذَا زَنَى البَالِغُ بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ، وَتَمْكِينُ البَالِغَةِ مِنَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِيهِ أَنَّ فِعْلَ الحَرْبِيِّ المُسْتَأْمَنِ زِنًا لِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ بِالحُرُمَاتِ عَلَى مَا هُوَ

بخلاف الصبي والمجنون، فإن فعلهما ليس بزناً شرعًا، حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل لا يجب عليه الحد؛ وهذا لأن معنى قولنا: الكفار لا يخاطبون بالشرائع، في العبادات التي تبتنى على الإسلام، فأمَّا الحرمات فثابتة في حقِّهم، فكان فعل المستأمن واجبَ الكف عنه بخطاب الشرع فيكون زناً، إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنَه، أمَّا إذا مكنت نفسها من مكره فعند أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد عليها، وإن ضجَّع أبو يوسف الرواية فيه بقوله: ولستُ أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله في المكره شيئاً.

قوله: بِالحُرُمَاتِ عَلَى مَا هُوَ الصَّحِيحُ، واسم الحرمات يتناول المناهي نحو قوله

الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ عَلَى أَصْلِنَا، وَالتَّمْكِينُ مِنْ فِعْلٍ هُوَ زِنًا مُوجِبٌ لِلْحَدِّ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لا يُخَاطَبَانِ، وَنَظِيرُ هَذَا الِاخْتِلَافِ إِذَا زَنَى المُكْرَهُ بِالمُطَاوِعَةِ تُحَدُّ المُطَاوِعَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ لا تُحَدُّ.

قَالَ: (وَإِذَا زَنَى الصَّبِيُّ أَوِ المَجْنُونُ بِامْرَأَةٍ طَاوَعَتْهُ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلا عَلَيْهَا)،

تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ﴾ [الإسراء: ٣٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وهو يتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم، فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك، ولهذا يعاقبُ بترك الصلاة والزكاة، قال الله تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرَ ۝٤٢ قَالُواْ لَمْ نَكُ مِنَ ٱلْمُصَلِّينَ ۝٤٣﴾ [المدثر: ٤٢-٤٣] الآية، هكذا كان يقرر شيخي رحمه الله مرارًا.

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَاطَبًا بِالشَّرَائِعِ، احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين، فإنَّهم قالوا بوجوب الأداء في الشرائع كلها، وقال الإمام شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «أصول الفقه» قبيل باب النهي فقال: فأمَّا في وجوب الأداء في أحكام الدنيا، مذهب العراقيين من مشايخنا أن الخطاب متناول لهم أيضًا والأداء واجب عليهم، ثم قال: ومشايخ ديارنا يقولون إنَّهم لا يخاطبون بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات.

وقوله: عَلَى أَصْلِنَا، إشارة إلى قول بعض أصحابنا فإنَّهم قالوا: الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا، وعند الشافعي رحمه الله مخاطبون بها بناءً على أن الشرائع عنده من نفس الإيمان، وهم مخاطبون بالإيمان فيخاطبون بالشرائع، وعندنا الشرائع ليست من نفس الإيمان وهم وإن كانو مخاطبين بالإيمان فلا يخاطبون بالشرائع.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا طَمِعَ فِي الإِنْصَافِ[1] - أي: العدل لأجله على غيره - يَلْتَزِمِ الإِنْتِصَافَ،

(١) مرَّ هذا النص في المتن في الصفحة السابقة.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهَا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ (وَإِنْ زَنَى صَحِيحٌ بِمَجْنُونَةٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُجَامَعُ مِثْلُهَا حُدَّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ، لَهُمَا أَنَّ العُذْرَ مِنْ جَانِبِهَا لا يُوجِبُ سُقُوطَ

أي: يقبل العدل أيضًا لغيره؛ لأن الغرم بإزاء الغنم.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى: يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهَا؛ لأنَّها زانية فعليها الحد بالنص؛ لما أن الزنا ليس إلا وطئًا متعريًا عن العقد والملك وشبهتهما وقد وجد ذلك، إلا أنه سقط الحد عن أحدهما لمعنى فيه وهو انعدام الأهلية فلا يمتنع إقامته على الآخر كما لو زنى بصبية، ألا ترى أن الله تعالى سمَّاها زانية، وإن من نسبها إلى الزنا يلزمه الحد، ولو كان لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمجبوب؛ لما أنها بالتمكين تقتضي شهوتها كالرجل بالإيلاج.

وحجتنا في ذلك أنَّها مكنت نفسها من فاعل لم يأثم ولم يحرج فلم يلزمها الحد، كما لو مكنت نفسها من زوجها، وبيان الوصف ظاهر؛ لأن الإثم والحرج يبتنى على الخطاب وهما لا يخاطبان، وتحقيقه: أن المباشر للفعل هو الرجل، والمرأة تابعة بدليل تصوُّر الفعل فيها وهي نائمة لا تشعر ذلك، وإذا كان أصل الفعل من الفاعل زنـًا تصير هي زانية بالتمكين من الزنا تبعًا، وإذا لم يصر أصل الفعل من الصبي والمجنون زنـًا لا تصير هي زانية؛ لأن ثبوت التبع بثبوت الأصل، وإذا انعدم الزنا شرعًا في جانبه فكذلك في جانبها، فلمَّا لم يكن فعلها زنـًا بهذا الطريق لم يجب حد الزنا عليها، وإنما يجب الحد على قاذفها لنسبتها إلى ما يتغيّر ويستوجب به الحد، وتقضى بها شهوتها وهو التمكين من الزنا وإن كانت تابعة في ذلك، فأمَّا الرجل إذا زنا بصبية فهو المباشر لأصل الفعل، وفعله زنـًا لغةً وشرعًا فيترتب عليه حكم الزنا لأصالته؛ لأن الأصل مستغن في وجوده عن وجود التبع، فلذلك لم يتوقف وجوده على وجود التبع.

ولا يشكل على هذا ما إذا زنا غير المحصن بالمحصنة، حيث يجب عليها الرَّجم وإن لم يجب على الرجل الذي هو غير محصن كالعبد مثلًا؛ لأنا نقول: إن فعل غير المحصن زنى

الحَدُّ مِنْ جَانِبِهِ فَكَذَا العُذْرُ مِنْ جَانِبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُؤَاخَذٌ بِفِعْلِهِ، وَلَنَا أَنَّ فِعْلَ الزِّنَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ، وَإِنَّمَا هِيَ مَحَلُّ الفِعْلِ وَلِهَذَا يُسَمَّى هُوَ وَاطِئًا وَزَانِيًا وَالمَرْأَةُ مَوْطُوءَةً وَمَزْنِيًّا بِهَا، إِلَّا أَنَّهَا سُمِّيَتْ زَانِيَةً مَجَازًا تَسْمِيَةً لِلْمَفْعُولِ بِاسْمِ الفَاعِلِ كَالرَّاضِيَةِ فِي مَعْنَى المَرْضِيَّةِ، أَوْ لِكَوْنِهَا مُسَبِّبَةً بِالتَّمْكِينِ فَتَعَلَّقَ الحَدُّ فِي حَقِّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ قَبِيحِ الزِّنَا وَهُوَ فِعْلُ مَنْ هُوَ مُخَاطَبٌ بِالكَفِّ عَنْهُ وَمُؤْثَمٌ عَلَى مُبَاشَرَتِهِ،

فتصير هي زانية بالتمكين من الزنا، ثم المعتبر حالها فيما يقام من العقوبة بعد تقرر السبب، إلى هذا أشار في «المبسوط».

فحاصله أنه لا يلزم من إحصان الزانِي إحصان الزانية؛ لأنه موقوف إلى شرائط أخر، ولكن يلزم من تحقيق فعل الزانِي من جانب الرجل تحقيقه من جانب المرأة بسبب التمكين؛ لأن تمكينها سببٌ لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبَّب في حقها.

فإن قلتَ: فلمَّا لم يجب الحد على الواطئ والموطوئة عندنا فيما إذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته، ينبغي أن يجب المهر على الصبي أو المجنون؛ لما أن الوطء لا يخلوا عن أحد الموجبين: إمَّا الحد الزاجر أو المهر الوافر، ألا ترى أن المهر يجب على الصبي إذا زنى بصبية، أو زنى بامرأةٍ مكرهةٍ، وقد أورد في «الذخيرة»: أنه لا يجب المهر عليه فيما إذا طاوعته المرأة، فما وجه الفرق بين هذه المسائل؟

قلتُ: الفرق بينهما هو أنا لو أوجبنا المهر على الصبي فيما إذا طاوعته لا يفيد الإيجاب؛ لأن لوليِّ الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك في الحال؛ لأنها لمَّا صارت مطاوعة صارت آمرةً للصبيِّ بالزنا معها، وقد لحقه عزم بذلك الأمر وصح الأمر من المرأة؛ لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، وأمَّا إذا لم يوجد منها الدعاء أصلًا بأن كانت مكرهة لو أوجبنا المهر على الصبي لا يكون لوليِّ الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك فكان الإيجاب مفيدًا، وأمَّا الصبية فلا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فصارت بمنزلة المكرهة، والذي يجب على الصبي من المهر فيما إذا وجد الزنا منه، أمَّا إذا أقرَّ به فلا يجب المهر؛ لأن الصبي

وَفِعْلُ الصَّبِيِّ لَيْسَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلَا يُنَاطُ بِهِ الحَدُّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ حَتَّى زَنَى فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ أَوَّلًا يُحَدُّ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ الزِّنَا مِنَ الرَّجُلِ لا يُتَصَوَّرُ إِلَّا بَعْدَ انْتِشَارِ الآلَةِ وَذَلِكَ دَلِيلُ الطَّوَاعِيَةِ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ فَقَالَ: لا حَدَّ عَلَيْهِ لِأَنَّ سَبَبَهُ المُلْجِئَ قَائِمٌ ظَاهِرًا، وَالِانْتِشَارُ دَلِيلٌ مُتَرَدِّدٌ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ لِأَنَّ الِانْتِشَارَ قَدْ يَكُونُ طَبْعًا لا طَوْعًا كَمَا فِي النَّائِمِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وَإِنْ أَكْرَهَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ حُدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالا: لا يُحَدُّ لِأَنَّ الإِكْرَاهَ عِنْدَهُمَا قَدْ يَتَحَقَّقُ مِنْ غَيْرِ السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّ المُؤَثِّرَ خَوْفُ الهَلَاكِ وَأَنَّهُ يَتَحَقَّقُ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَهُ أَنَّ الإِكْرَاهَ مِنْ غَيْرِهِ لا يَدُومُ إِلَّا نَادِرًا لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الِاسْتِعَانَةِ بِالسُّلْطَانِ أَوْ بِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ، وَيُمْكِنُهُ دَفْعُهُ بِنَفْسِهِ بِالسِّلَاحِ، وَالنَّادِرُ لا حُكْمَ لَهُ فَلَا يَسْقُطُ بِهِ الحَدُّ، بِخِلَافِ السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُهُ الِاسْتِعَانَةُ بِغَيْرِهِ وَلا الخُرُوجُ بِالسِّلَاحِ عَلَيْهِ فَافْتَرَقَا.

(وَمَنْ أَقَرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي مَجَالِسَ مُخْتَلِفَةٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ وَقَالَتْ هِيَ: تَزَوَّجَنِي أَوْ أَقَرَّتْ بِالزِّنَا وَقَالَ الرَّجُلُ تَزَوَّجْتُهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَعَلَيْهِ المَهْرُ فِي ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ

مؤاخذ بأفعاله دون أقواله فلا يجب بإقراره شيء، كذا في «الذخيرة».

قوله: وَعَلَيْهِ المَهْرُ فِي ذَلِكَ، أي: في كلتا الصورتين من دعوى الرجل النكاح ودعوى المرأة النكاح.

فإن قيل: ينبغي أن لا يجب المهر فيما إذا أقرَّت المرأة بالزنا؛ لأنها تنفي وجوب المهر فكيف وجبَ لها المهر وهي منكرة للنكاح ورادَّةٌ للمهر.

قلنا: النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح، فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا

دَعْوَى النِّكَاحِ يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ وَهُوَ يَقُومُ بِالطَّرَفَيْنِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ وَجَبَ المَهْرُ تَعْظِيمًا لِخَطَرِ البُضْعِ.

(وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ وَعَلَيْهِ القِيمَةُ) مَعْنَاهُ: قَتَلَهَا بِفِعْلِ الزِّنَا لِأَنَّهُ جَنَى جِنَايَتَيْنِ فَيُوَفَّرُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُكْمَهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يُحَدُّ

الوطء؛ لأنه في دعواه إمَّا إن كان مصدقـًا أو مكذبـًا، فلو صدق فيه يثبت النكاح بينهما حقيقةً، ولو كذب فاحتمال الصدق قائم والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياطـًا للدرء فيسقط الحد، فلمَّا سقط الحد وجب العقر؛ لأن الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة، فإذا انتفت العقوبة تعينت الغرامة ضرورةً، فكان وجوب الصداق لها من ضرورة سقوط الحدِّ من هذا الوطء، فلمَّا كان سقوط الحدِّ من غير اختيارها كان وجوب الصداق لها أيضـًا من غير اختيارها؛ لأن وجوب الصداق من نتيجة سقوط الحدِّ فيثبت المهر لها وإن ردَّته، فلذلك لم يعتبر إنكارها النكاح في وجوب المهر لها، أو صارت مكذَّبة شرعًا في حق إنكار النكاح لسقوط الحدِّ بدعوى الرجل النكاح، ووجب العقر على الرجل للوطء عند دعوى النكاح.

فإن قلتَ: ما الفرق لأبي يوسف بين هذه الصُّوَر وبين ما إذا أقرَّ الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت هيَ: كذب ما زنى بي ولا أعرفه، فقال أبو يوسف: يحد الرجل، فلمَّا سقط الحد فيما نحن بصدده مع إنكارها وصف الفعل بحيث يجب أن يسقط هناك الحد بالطريق الأولى لإنكارها أصل الفعل.

قلتُ: خصَّ تلك المسألة أبو يوسف رحمه الله بوجوب الحد على الرجل لحديث ورد فيها، وهو ما روى سهل بن سعد أن رجلًا أقرَّ بالزنا بامرأة فأنكرت فحدَّه رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ فَقَتَلَهَا، وإنما وضع المسألة في الجارية وإن كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرَّة والجارية، فإنه لو فعل هكذا مع الحرَّة يجب الحد والدية؛ لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد عند أداء الضمان إنَّما ترد في حق

لِأَنَّ تَقَرُّرَ ضَمَانِ القِيمَةِ سَبَبٌ لِمِلْكِ الأَمَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهَا بَعْدَ مَا زَنَى بِهَا وَهُوَ عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَاعْتِرَاضُ سَبَبِ المِلْكِ قَبْلَ إِقَامَةِ الحَدِّ يُوجِبُ سُقُوطَهُ، كَمَا إِذَا مَلَكَ المَسْرُوقَ قَبْلَ القَطْعِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ ضَمَانُ قَتْلٍ فَلَا يُوجِبُ المِلْكَ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، وَلَوْ كَانَ يُوجِبُهُ فَإِنَّمَا يُوجِبُهُ فِي العَيْنِ كَمَا فِي هِبَةِ المَسْرُوقِ لَا فِي مَنَافِعِ

الجارية لا في حق الحرَّة؛ لأن الأمة تصلح أن تكون ملكـًا للزانِي عند أداء الضمان، لشبهة أن لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحدٍ، كما إذا زنى بها فأذهب عينيها.

قوله: وَهُوَ عَلَى هذَا الخِلَافِ، فكان فيه ردُّ المختلَف إلى المختلَف، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية، بخلاف ما نحن فيه.

قوله: لِأَنَّهُ ضَمَانُ دَمٍ، والدم ليس بمال فلا يكون ملكـًا لأحد؛ لأن المملوك هو المال، فلمَّا لم يوجب الملك في المضمون لم يورث الضمان الشبهة في سقوط الحد، وعن هذا خرج الجواب عمَّا قاس عليه وهو ملك المسروق قبل القطع.

وذكر في «المبسوط»: ففيما إذا قتلها إنَّما لزمه ضمان القيمة بالجناية، وضمان القيمة بالجناية بدل النفس فلا يوجب الملك؛ لأن وجوبها بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بعد الموت.

فإن قلتَ: لو لم يثبت عدم وجوب الحد من هذا الوجه وهو ثبوت الملك، ثبتَ عدم وجوبه من وجه آخر، وهو أنه لمَّا قتلها بالزنا صار الزنا آلة القتل وصار الزنا قتلًا، كما في قطع اليد لما سَرى إلى النفس صار القطع قتلًا من وقت القطع، حتى يجري القصاص بين الرجل والمرأة إذا قطع الرجل يد امرأة فسرى إلى النفس وإن لم يجر القصاص بينهما في الأطراف، فكذلك هاهنا لمَّا صار الزنا قتلًا صار كأنه قتلها ابتدأ بدون وصف الزنا، ولو كان هكذا لما وجب الحد على القاتل، فكذلك هاهنا.

قلتُ: الفرق بينهما ثابت وهو أن الوطء غير موضوع لإزهاق الروح، فلمَّا وجد في المحل الخالي عن أحد الملكين كان زنـًا عند وجوده، ولا ينقلبُ قتلًا إذا اتصل به الموت،

البُضْعِ لِأَنَّهَا اُسْتُوْفِيَتْ وَالمِلْكُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي المُسْتَوْفَى لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى بِهَا فَأَذْهَبَ عَيْنَهَا حَيْثُ تَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَيَسْقُطُ الحَدُّ لِأَنَّ المِلْكَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ فِي الجُثَّةِ العَمْيَاءِ وَهِيَ عَيْنٌ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً. قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الإِمَامُ الَّذِي لَيْسَ فَوْقَهُ إِمَامٌ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ إِلَّا القِصَاصُ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ بِهِ وَبِالأَمْوَالِ) لِأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لا إِلَى غَيْرِهِ وَلا يُمْكِنُهُ

بخلاف القطع؛ لأنه سبب الموت لكونه جرحًا والجرح سبب للموت، فإذا اتصل به الموت صار قتلًا من الابتداء لكونه علة العلة، كما في الرمي كان قتلًا من وقت الرمي إذا اتصل به زهوق الروح، وإن تخللت الوسائط لكونه موضوعًا للقتل، ففعل الزنا هاهنا لمَّا لم يكن موضوعًا للقتل لم يصر قتلًا من الابتداء لعدم صلاحية الإضافة إليه، وإن صار سببًا هنا باعتبار اتفاق الحال، فلذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة؛ لأن الواجب ضمان القتل وضمان القتل يجب باعتبار الإنسانية لا باعتبار المالية، فلذلك يجب على العاقلة في ثلاث سنين، ولا يجب بالغة ما بلغت عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله يجب وإن كانت بالغة ما بلغت لكنها في مقدار الدية تجب على العاقلة، فلو أنه غصبها ثم زنى بها ثم ضمنَ قيمتها فلا حدَّ عليه عندهم جميعًا، وإذا زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد عندهما، وعن أبي يوسف أنه يسقط، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالمِلْكُ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا فَلَا يَظْهَرُ فِي المُسْتَوْفَى، أي: في المنافع، فلذلك أنَّث ضمير المستوف في **قوله:** لِكَوْنِهَا، بتأويل المنافع، أي: فلا يظهر الملك في المنافع التي استوفاها وهي الوطء؛ لما أن الملك في المستندات إنما يظهر في حق الباقي وهي العين لا في المعدوم وهو المنفعة؛ لأن المنافع المستوفاة المعدومة لا تقبل الملك، ألا ترى أنه لو زنا بحرَّة ثم تزوجها لا يسقط الحد، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الحُدُودَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى وَإِقَامَتُهَا إِلَيْهِ لَا إِلَى غَيْرِهِ؛ لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «أربع إلى الولاة: منها إقامة الحدود»، وحاصله أنه لو أقيم عليه الحد لا يخلو إما

أَنْ يُقِيمَ عَلَى نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ، بِخِلَافِ حُقُوقِ العِبَادِ لِأَنَّهُ يَسْتَوْفِيهِ وَلِيُّ الحَقِّ إِمَّا بِتَمْكِينِهِ أَوْ بِالِاسْتِعَانَةِ بِمَنَعَةِ المُسْلِمِينَ وَالقِصَاصُ وَالأَمْوَالُ مِنْهَا، وَأَمَّا حَدُّ القَذْفِ قَالُوا المُغَلَّبُ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الحُدُودِ الَّتِي هِيَ حَقُّ اللهِ تَعَالَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أن يقيم هو بنفسه على نفسه وهو لا يفيد، أو يقيم غيره عليه بأمره؛ لأن الكلام في الإمام الذي ليس فوقه إمام، فلا بدَّ أن يكون كل من صار إمامًا كان إمامته بأمره، وفعل المأمور كفعل الآمر فحينئذٍ يعود الأمر إلى الأول، وهو أن يكون مقيم الحد على نفسه بنفسه وهو لا يفيد؛ لأن المقصود من إقامة الحد الزجر فلا بدَّ أن يكون الزاجر غير المزجور فلم تقم عليه الحدود لعدم شرطها، كما إذا زنا المسلم في دار الحرب لا يقام عليه الحد لعدم شرطه؛ لأن دار الحرب ليست في ولاية الإمام حتى يتمكن من إقامته، فانعدمت إقامة الحد هناك لعدم إمكان الإقامة، فكذلك هاهنا انعدمت إقامة الحدود على الإمام لعدم الإمكان؛ ولأن الشرع ما جعل من عليه نائبًا عنه في الاستيفاء من نفسه، فإن إقامته بطريق الخزي والعقوبة ولا يفعل الإنسان ذلك بنفسه.

قوله: وَالقِصَاصُ وَالأَمْوَالُ مِنْهَا، أي: من حقوق العباد، فبهذا يعلم أن اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه، لا أنه شرط لا يجوز بدونه بل يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي بهذه الرواية، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزِّنَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا)

(وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ بِحَدٍّ مُتَقَادِمٍ لَمْ يَمْنَعْهُمْ عَنْ إقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإمَامِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ إلّا فِي حَدِّ القَذْفِ خَاصَّةً، وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ أَوْ بِشُرْبِ خَمْرٍ أَوْ بِزِنًا بَعْدَ حِينٍ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ وَضَمِنَ السَّرِقَةَ) وَالأَصْلُ فِيهِ

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

وقد ذكرنا أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير، وهما الإقرار والشهادة، ثم إنما أخر الشهادة عن الإقرار هنا لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته، حتى لم ينقل في السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة؛ إذ رؤية أربعة رجال عدول إلى الزَّانيين كالميل في المكحلة كما في الكلاب ممَّا يندر وجوده.

قوله: لَمْ يَمْنَعْهُمْ عَنْ إقَامَتِهِ بُعْدُهُمْ عَنِ الإمَامِ، هذا من صورة المسألة لا من حكمها، أي: شهدوا بحدٍّ متقادم ولم يكونوا بعيدًا عن الإمام، حتى لو كانوا بعيدًا عن الإمام فمنعهم عن أداء الشهادة بعدهم وقت المباشرة ثم شهدوا يُقبل وإن تقادم الزمان، كذا في «الإيضاح» وغيره.

وإنما أعاد لفظ «الجامع الصغير» في الكتاب لزيادة إيضاح في لفظه، وهي تعديد ما يوجب الحدَّ صريحًا بالسرقة، وشرب الخمر، والزنا، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم، وزيادة إثبات الضمان في السرقة.

ثم ذكر في «المبسوط» في باب الإقرار من الحدود: لم أَحُدّ بشهادتهم المشهود عليه ولا أَحُدُّهم أيضًا، أي: حد القذف في الشهادة بالزنا؛ لأن عددهم متكامل، والأهلية للشهادة

أَنَّ الحُدُودَ الخَالِصَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى تَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَعْتَبِرُهَا بِحُقُوقِ العِبَادِ وَبِالإِقْرَارِ الَّذِي هُوَ إِحْدَى الحُجَّتَيْنِ، وَلَنَا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ، فَالتَّأْخِيرُ إِنْ كَانَ لِاخْتِيَارِ السَّتْرِ فَالإِقْدَامُ عَلَى الأَدَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ لِضَغِينَةٍ هَيَّجَتْهُ أَوْ لِعَدَاوَةٍ حَرَّكَتْهُ فَيُتَّهَمُ فِيهَا وَإِنْ كَانَ التَّأْخِيرُ لَا لِلسَّتْرِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا فَتَيَقَّنَّا بِالمَانِعِ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ لِأَنَّ الإِنْسَانَ لَا يُعَادِي نَفْسَهُ،

موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفًا.

قلتُ: ونظير هذا ما ذكره في «المبسوط» أيضًا: أن شهودًا أربعة لو شهدوا على رجل بوطء امرأة ولم يقولوا: زنى بها فلا حدَّ على المشهود عليه ولا على الشهود لتكامل عددهم وعدم صريح الزنا، ولذلك لو شهدوا أنه جامعها أو باضعها ليس فيه حد لا على المشهود عليه ولا على المشهود لما قلنا، فكذلك هاهنا.

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فالشافعي يعتبر الشهادة في الحدود بالإقرار في الوجوب، وزفر يعتبر الإقرار بالشهود في عدم الوجوب، ونحن نفصل بينهما فنقول بعدم الوجوب في الشهادة إذا تقادم الزمان، وبالوجوب في الإقرار وإن تقادم الزمان للفرق الذي ذكر في الكتاب.

وقال في «المبسوط»: وإن أقرَّ بزنًا قديم أربع مرَّات أقيم عليه الحد عندنا، وقال زفر لا يقام اعتبارًا لحجة الإقرار بحجة البينة، فإن الشهود كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضًا مندوبٌ إلى الستر على نفسه، قال صلَّى الله عليه وسلَّم: «من أصابَ من هذه القاذورات شيئًا فليستتر بستر الله تعالى»، ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال: «ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله تعالى»، وهذا قد أبدى صفحته بإقراره وإن كان قد تقادم العهد، والمعنى ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّاهِدَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ، أي: بين أجرين مطلوبين له، يقال: احتسبتُ بكذا أجرًا عند الله، والاسم الحِسبة بالكسر وهي الأجر، والجمع الحِسَبُ، كذا في «الصحاح».

فَحَدُّ الزِّنَا وَشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّرِقَةِ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى حَتَّى يَصِحَّ الرُّجُوعُ عَنْهَا بَعْدَ الإِقْرَارِ فَيَكُونَ التَّقَادُمُ فِيهِ مَانِعًا، وَحَدُّ القَذْفِ فِيهِ حَقُّ العَبْدِ لِمَا فِيهِ مِنْ دَفْعِ العَارِ عَنْهُ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ رُجُوعُهُ بَعْدَ الإِقْرَارِ، وَالتَّقَادُمُ غَيْرُ مَانِعٍ فِي حُقُوقِ العِبَادِ، وَلِأَنَّ الدَّعْوَى فِيهِ شَرْطٌ فَيُحْمَلُ تَأْخِيرُهُمْ عَلَى انْعِدَامِ الدَّعْوَى فَلَا يُوجِبُ تَفْسِيقَهُمْ، بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا شُرِطَتْ لِلْمَالِ، وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى كَوْنِ الحَدِّ حَقًّا

قوله: بِخِلَافِ حَدِّ السَّرِقَةِ، فورود الشبهة فيه هو أنه لمَّا ذكر أن التقادم في حقوق العباد غير مانع لقبول الشهادة؛ لما أنَّ الدعوى شرط فيها فكان تأخير الشهود شهادتهم لأجل ترك المدعي دعواه، فلم يكن تأخيرهم شهادتهم موجبًا تفسيقهم؛ لأنهم أخَّروا لعُذر شرعيٍّ وهو تأخير المدعي دعواه إلى هذا الوقت، بخلاف حقوق الله تعالى الخالصة، فإن الدعوى فيها ليست بشرط فكان تأخير الشهود شهادتهم موجبًا تفسيقهم إذا شهدوا بعد التقادم، فإنَّهم لمَّا شهدوا لم يختاروا جانب الستر، فالتأخير فيه موجب للفسق فقال: يشكل على هذا السرقة؛ فإن الدعوى فيها شرط كما في حقوق العباد، ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لا تقبل، فعُلِم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى.

فأجاب عنه أوَّلًا بالمنع **بقوله**: لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْحَدِّ، أي: لا نسلم أن الدعوى شرط في حد السرقة، بل الدعوى فيه ليس بشرطٍ؛ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى، وفي حقوق الله تعالى الخالصة الدعوى ليست بشرط، والدليل على عدم اشتراط الدعوى للحد والسرقة أن الشهود إذا شهدوا على السرقة عند غيبة المدعي يحبس المدعى عليه حتى يحضر المدعي، وفي حد القذف إذا شهدوا عند غيبة المدعي لا يحبس المدعى عليه؛ لأن فيه حق العباد، وفي حقوق العباد لا يحبس المدعى عليه إذا شهد الشهود عند غيبة المدعي.

قوله: وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى كَوْنِ الحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهَمَةِ فِي كُلِّ

لِلَّهِ تَعَالَى فَلَا يُعْتَبَرُ وُجُودُ التُّهْمَةِ فِي كُلِّ فَرْدٍ، وَلِأَنَّ السَّرِقَةَ تُقَامُ عَلَى الِاسْتِسْرَارِ عَلَى غِرَّةٍ مِنَ المَالِكِ فَيَجِبُ عَلَى الشَّاهِدِ إِعْلَامُهُ فَبِالكِتْمَانِ يَصِيرُ فَاسِقًا آثِمًا، ثُمَّ التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الِابْتِدَاءِ يَمْنَعُ الإِقَامَةَ بَعْدَ القَضَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ، حَتَّى لَوْ هَرَبَ بَعْدَ مَا ضُرِبَ بَعْضَ الحَدِّ ثُمَّ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَقَادَمَ الزَّمَانُ لَا يُقَامُ عَلَيْهِ الحَدُّ لِأَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

فَرْدٍ، ومعنى هذا الكلام هو أن بطلان الشهادة بالتقادم أدير على أن يكون الحق من حقوق الله تعالى لا من حقوق العباد، فأينما كان في حقوق الله تعالى فالتقادم فيه مبطل للشهادة، وما لا فلا وإن لم يوجد فيه تهمة فسق التأخير؛ لما أن مجرَّد صورة التقادم في حقوق الله تعالى كافٍ لردِّ الشهادة من غير أن يوجد فيها تهمة فسق التأخير، كأداء الرخصة في السفر من غير توقف إلى وجود المشقة وإن كانت الحكمة في إثبات الرخصة في السفر المشقة، فكذلك هاهنا الحكمة لرد الشهادة في حقوق الله تعالى تهمة فسق التأخير عند التقادم، ولكن لو وجد التقادم ولم يوجد الفسق باعتبار أنَّ الدعوى شرط فيه ترد الشهادة أيضًا لوجود صورة التقادم وإن لم يوجد الفسق، إلى هذا المعنى أشار فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله في «الجامع الصغير»: أن الشهادة لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود؛ لأن الدعوى شرط لقبول الشهادة، وإنما لم يقبل لخلل في الدعوى؛ لأن صاحب المال كان مخيرًا في الابتداء بين أن يدعي السرقة وبين أن يدعي المال مطلقـًا ويستر على السارق، فإذا أخَّر الدعوى فقد اختار السرقة فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد، وبقي له دعوى المال فيقضى بالمال دون القطع، كما لو شهد على السرقة رجل وامرأتان يقضى بالمال دون القطع.

قوله: لِأَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ، شرحُ هذا ما ذكره في كتاب الحدود من «المبسوط» في مسألة ما إذا رجع أحد الشهود بعد القضاء قبل استيفاء الحد، فإنه لا يقام الحدُّ على المشهود عليه ولكن يقام الحدُّ على الشهود عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

وَاخْتَلَفُوا فِي حَدِّ التَّقَادُمِ، وَأَشَارَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ حِينٍ، وَهكَذَا أَشَارَ الطَّحَاوِيُّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ القَاضِي فِي كُلِّ عَصْرٍ.

الله؛ لأن رجوع أحدهم بعد القضاء كرجوعه قبل القضاء بدليل سقوط الحد عن المشهود عليه، ولا يكون كذلك إلا بعد إبطال الحكم، وإذا ثبتَ بطلان الحكم بهذا الدليل كان هذا وما قبل القضاء سواءً.

وتحقيقه أن فيما يجب حقًّا لله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء، فإن الاستيفاء من تتمَّة القضاء ولهذا كان إلى الإمام؛ وهذا لأن القضاء إمَّا أن يكون لإعلام من له الحق بحقه، أو لتمكينه من الاستيفاء، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى، فكان المعتبر في حقوق الله تعالى النيابة بالاستيفاء، ولا يتم ذلك بالقضاء بل بحقيقة الاستيفاء، فإذا رجع أحدهم قبل تمام القضاء بالاستيفاء كان بمنزلة رجوعه قبل القضاء، وحاصله أن المقصود من القضاء في حقوق العباد إما إعلام من له القضاء، أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء، وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه إلى الاستيفاء، وأمَّا الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين، فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء، فلذلك كان الاستيفاء من تتمَّة القضاء في حقوق الله تعالى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء إعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به، أو إقداره على استيفاء ما ادَّعاه، وفي الحدود لا سبيل إلى كل واحد منهما، أمَّا الإعلام فلأن المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، والله تعالى لا يخفى عليه خافية، ونائبه القاضي وإنه يستفيد العلم بالشهادة فلا تمسّ الحاجة إلى التلفظ بلفظ الشهادة، وكذلك الإقرار على الاستيفاء فإن القاضي بدون التلفظ به قادرٌ على الاستيفاء.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لَمْ يُقَدِّرْ فِي ذَلِكَ وَفَوَّضَهُ إِلَى رَأْيِ القَاضِي فِي كُلِّ عَصْرٍ؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يمكن.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَدَّرَهُ بِشَهْرٍ؛ لِأَنَّ مَا دُونَهُ عَاجِلٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الأَصَحُّ، وَهَذَا إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ القَاضِي وَبَيْنَهُمْ مَسِيرَةُ شَهْرٍ، أَمَّا إذَا كَانَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّ المَانِعَ بُعْدُهُمْ عَنِ الإِمَامِ فَلَا تَتَحَقَّقُ التُّهَمَةُ، وَالتَّقَادُمُ فِي حَدِّ الشُّرْبِ كَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ وَفُلَانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ، وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ سَرَقَ مِنْ فُلَانٍ وَهُوَ غَائِبٌ لَمْ يُقْطَعْ) وَالفَرْقُ أَنَّ بِالغَيْبَةِ تَنْعَدِمُ الدَّعْوَى وَهِيَ شَرْطٌ فِي السَّرِقَةِ دُونَ الزِّنَا، وَبِالحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالمَوْهُومِ.

قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ قَدَّرَ بِالشَّهْرِ، وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله فقال: أحسن ما سمعنا فيه الشهر؛ وهذا لأن الشهر وما فوقه آجل وَمَا دُونَهُ عَاجِلٌ، أصله مسألة اليمين إذا حلف ليقضين دين فلان عاجلًا، فقضاه فيما دون الشهر برَّ في يمينه، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ وَفُلَانَةُ غَائِبَةٌ فَإِنَّهُ يُحَدُّ؛ لأنهم شهدوا عليه بالزنا الموجب للحد، وكذلك لو أقرَّ أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحدّ أيضًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان مطلقًا.

وفي «المبسوط»: إن وجوب الحد في الإقرار جواب الاستحسان، وأمَّا في القياس فلا يحد الرجل كما في مسألة السرقة.

قوله: وَبِالحُضُورِ يُتَوَهَّمُ دَعْوَى الشُّبْهَةِ وَلَا مُعْتَبَرَ بِالمَوْهُومِ؛ لأن ذلك شبهة الشبهة، فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كان أحد الشريكين غائبًا في القصاص، فإنه إذا

(وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدَّ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا امْرَأَتُهُ أَوْ أَمَتُهُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ حُدَّ)؛ لِأَنَّهُ لا يَخْفَى عَلَيْهِ أَمَتُهُ أَوِ امْرَأَتُهُ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِفُلَانَةَ فَاسْتَكْرَهَهَا وَآخَرَانِ أَنَّهَا طَاوَعَتْهُ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا جَمِيعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ (وَقَالَا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خَاصَّةً) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَى

كان أحد وليّي القصاص غائبًا لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يحضر الغائب فيقرّ بالعفو، وهاهنا أيضًا يحتمل أن تحضر الغائبة فتدعي النكاح فحينئذٍ يسقط الحد، ومع ذلك لا ينتظر هاهُنا إلى حضور الغائبة وهناك ينتظر.

قلنا: يلزم في اعتبار حضرة المرأة هنا اعتبار شبهة الشبهة ولا كذلك هناك، وشبهة الشبهة غير معتبرة؛ لما أن اعتبارها يؤدي إلى امتناع الحدود، ألا ترى أن الزنا إذا ثبتَ بإقرار الزاني يقام الحد ولا تُعتبر شبهة توهم رجوع المقر عن إقراره، وكذلك لا تعتبر شبهة توهم رجوع الشهود عن شهادتهم؛ لما في اعتبار ذلك اعتبار لشبهة الشبهة، فإن نفس الرجوع شبهة فيه؛ لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا في إخباره بالرجوع بأنه لم يزن، وتوهم الرجوع قبل رجوعه كان شبهة الشبهة، فكذلك هاهُنا لو اعتبرنا حضورها يلزم اعتبار شبهة الشبهة، وإنما قلنا ذلك لأنها لو كانت حاضرة وادعت النكاح يسقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب، فإذا كانت غائبة كان الثابتُ عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة، وهذا بخلاف مسألة القصاص؛ لأن ثمّة لو حضر الغائبُ وأقرَّ بالعفو يسقط القصاص بوجود حقيقة العفو لا بشبهة العفو، فعند غيبته تثبت شبهة العفو، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان.

قوله: وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ لا يَعْرِفُونَهَا لَمْ يُحَدَّ، لاحتمال أنَّها امرأته أو أمته بل هو الظاهر؛ لأن ظاهر حال المسلم أن لا يزنِي، والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفة، فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد بشهادتهم، فإن قال المشهود عليه: التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم، لم يحد أيضًا؛ لأن الشهادة قد بطلت حين لم يثبتوا الشهادة، فهذه اللفظة منه ليست بإقرار بالزنا، ولو كان إقرارًا فحد الزنا لا يقام بالإقرار

الْمُوجِبِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةِ جِنَايَةٍ وَهُوَ الإِكْرَاهُ، بِخِلَافِ جَانِبِهَا؛ لِأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرْطُ تَحَقُّقِ الْمُوجِبِ فِي حَقِّهَا وَلَمْ يَثْبُتْ لِاخْتِلَافِهِمَا، وَلَهُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ

مرة، وإن أقرَّ بالزنا بامرأة غير معروفة فعليه الحدُّ إذا أقرَّ أربع مرات؛ لأن الإنسان يعرف زوجته وأمته ويعلم أن فعله بهما لا يكون زنـًا، فلمَّا أقرَّ بالزنا كان تصريحًا منه بفعل الزنا في محله، وإنه لا ملكَ له في تلك المرأة فيقام الحد عليه لذلك، كذا في «المبسوط»، وهذا معنى قوله: وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ حُدَّ.

قوله: لِأَنَّ طَوَاعِيَتَهَا شَرْطٌ لِتَحَقُّقِ الْمُوجِبِ فِي حَقِّهَا، أي: موجب حد الزنا، ولم يثبت موجب حد الزنا في حقها؛ لأن الشهود اختلفوا في طواعيتها لعدم الوجوب، فعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه، كما في وطء الصغيرة المشتهاة والمجنونة.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ اخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لأن المشهود عليه اثنان في تقدير وواحدٌ في تقدير؛ وذلك لأنها إذا كانت طائعة كان الفعل مشتركـًا بينهما، وكل واحد منهما يكون مباشرًا له فيجب الحدان فكانا مشهودًا عليهما، وإذا كانت مكرهة فالرجل هو المتفرد بالفعل فيجب حدٌّ واحدٌ، فكان المشهود عليه واحدًا؛ لأن الإكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكمـًا، ولهذا لا يأثم بالتمكين مكرهة، فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه، واختلاف الفعل من أقوى الشبهة فلم يجب الحد على واحدٍ منهما كذلك، وكذلك لم يجب حد القذف على الشهود، أمَّا عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلأنهم اتفقوا على النسبة إلى الزنا في لفظة الشهادة، وذلك مخرج لكلامهم من أن يكون قذفًا كما في المسألة التي تلي هذه المسألة، وأمَّا عندهما فلأن الذين شهدوا على أنه زنى بها وهي مطاوعة صارا قاذفين لها، ولكن بشهادة الذين شهدوا على أنه استكرهها يسقط الحد، بمنزلة من قذف امرأة بالزنا ثم يقيم عليها شاهدين أنَّها زنت وهي مكرهة فإنه يسقط الحد عن القاذف، وإنما يتبيَّن فائدة اختلاف الطريق فيما إذا شهد ثلاثة أنَّها طاوعته وواحدٌ أنه استكرهها، فإنَّ على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يقامُ الحد على واحدٍ منهم؛ لأنَّهم اتفقوا في شهادتهم

عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا، وَلِأَنَّ شَاهِدَيِ الطَّوَاعِيَةِ صَارَا قَاذِفَيْنِ لَهَا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الحَدُّ عَنْهُمَا بِشَهَادَةِ شَاهِدَيِ الإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةً يُسْقِطُ إِحْصَانَهَا فَصَارَا خَصْمَيْنِ فِي ذَلِكَ (وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالكُوفَةِ وَآخَرَانِ أَنَّهُ زَنَى بِهَا بِالبَصْرَةِ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا جَمِيعًا)؛ لِأَنَّ المَشْهُودَ بِهِ فِعْلُ الزِّنَا وَقَدِ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ المَكَانِ وَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ

على أصل نسبتهما إلى الزنا، وعلى قولهما يقام الحد على الثلاثة كما ذكره في الكيسانيات؛ لأنهم صاروا قاذفين لها، والذي شهد أنَّها كانت مكرهة لم ينسبها إلى الزنا، وبشهادة الواحد على زناها وهيَ مكرهة لا يسقط الحدُّ عن الثلاثة الذين نسبوها إلى الزنا، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الزِّنَا فِعْلٌ وَاحِدٌ يَقُومُ بِهِمَا، فلمَّا كان كذلك أورث اختلاف المشهود عليه اختلاف حكم الزنا الموجود من الرجل والمرأة، فأورث شبهة في حكمه بسبب الاختلاف كما في المسألة الثانية.

قوله: لِأَنَّ زِنَاهَا مُكْرَهَةً يُسْقِطُ إِحْصَانَهَا؛ لأن القاذف صادق في قذفها بالزنا لوجود حد الزنا على ما ذكرنا من خلوِّ فعل الوطء عن الملكين وعن شبهة الملكين، وهي بالتمكين فيه زانية تبعًا على ما ذكرنا، لكنها لا تأثم بسبب الكره.

قوله: فَصَارَا خَصْمَيْنِ، أي: صار شاهدا الطواعية خصمين للمرأة بسبب أنَّهما قذفاها ولا شهادة للخصم، فلمَّا لم يكن لهما شهادة بسبب الخصومة بقيت شهادة شاهدي الإكراه، فلم يُقم حد الزنا على الرجل بشهادتهما لانعدام كمال نصاب شهادة الزنا، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَا يُحَدُّ الشُّهُودُ خِلَافًا لِزُفَرَ، فإنه يقول يحد الشهود؛ لأن شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد، فصار كلامهم قذفًا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، فإنهم يحدون حد القذف. ولنا أن كلامهم وقع شهادة لاستجماع شرائطها وهي: الأهلية، ولفظةُ الشهادة، وتمَّ

خِلافًا لِزُفَرَ لِشُبْهَةِ الِاتِّحَادِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ وَالمَرْأَةِ.

(وَإِنِ اخْتَلَفُوا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ حُدَّ الرَّجُلُ وَالمَرْأَةُ) مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزِّنَى فِي زَاوِيَةٍ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَجِبَ الحَدُّ لِاخْتِلَافِ المَكَانِ حَقِيقَةً، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ بِأَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الفِعْلِ فِي زَاوِيَةٍ وَالِانْتِهَاءُ فِي زَاوِيَةٍ أُخْرَى بِالِاضْطِرَابِ، أَوْ لِأَنَّ الوَاقِعَ فِي وَسَطِ البَيْتِ فَيَحْسِبُهُ

العدد في حق المشهود عليه، ولم يتم في حق المشهود به، فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذفه، واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به، فقلنا بأنه لا يجب حد الزنا احتيالًا للدرء بقدر الممكن، وعلى هذا الخلاف إذا قذف الرجل إنسانًا فجاء القاذف بأربعة شهدوا على المقذوف بالزنا، فشهد اثنان منهم أنه زنى بفلانة بالكوفة وشهد آخر أنه زنى بها بالبصرة عندنا يسقط الحد عن القاذف، وعند زفر لا يسقط، وكلامنا فيه أظهر لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ [النور: ٤]، شرط شهادة الأربع لسقوط الإحصان مطلقًا وقد وجد شهادة الأربع، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ الصُّورَةِ - أي: صورة نسبة الزنا - وَالمَرْأَةِ، أي: واتحاد المرأة؛ لأن الكلام فيه فكانوا مُثبتين زنًا واحدًا من هذا الوجه، وهم أربعة وهي: نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادةً من هذا الوجه ولم يكن قذفًا فلذلك لا يحدون حد القذف.

قوله: مَعْنَاهُ: أَنْ يَشْهَدَ كُلُّ اثْنَيْنِ عَلَى الزِّنَى فِي زَاوِيَةٍ، أي: في غير الزاوية التي يشهد بها الاثنان الآخران، بأن يشهد اثنان منهم أنه زنى بها في هذه الناحية، وأخران شهدا أنه زنا بها في ناحية أخرى.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ بِأَنْ يَكُونَ ابْتِدَاءُ الفِعْلِ فِي زَاوِيَةٍ، وآخره في زاوية، بخلاف الدارين والمصرين؛ لأنه ثمّة لا يقبل التوفيق.

ولا يقال: بأن هذا احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرأها لا لوجوبها؟ لأنا

مَنْ فِي الْمُقَدَّمِ فِي الْمُقَدَّمِ وَمَنْ فِي الْمُؤَخَّرِ فِي الْمُؤَخَّرِ فَيَشْهَدُ بِحَسَبِ مَا عِنْدَهُ.

نقول: هذا احتيال لقبول الشهادة، والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن، وإذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد، هذا إذا كان البيت صغيرًا، فأمَّا إذا كان كبيرًا فهو بمنزلة الدارين والمصرين؛ ولأن التوفيق في باب الحدود مشروعٌ، ألا ترى أنه لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة، ويحمل شهادة كل واحدٍ منهم بزنا شهد به صاحبه وإن لم ينصُّوا في شهادتهم على هذا الاتحاد، مع أن احتمال الاختلاف ثابتٌ بأن كان الزنا أربع مرَّات، ويشهد كل واحدٍ منهم على زناه بِها يزنِي على حدة، وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود عليه.

فإن قيل: الفرق بين المسألتين ظاهر؛ لأن الاختلاف في تلك المسألة مسكوت عنه، والاختلاف في المكان من حيث الرواية فيما نحن فيه من المسألة منصوصٌ عليه، فبجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه هاهنا.

قلنا: التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف منصوصًا عليه أيضًا، ألا ترى أنه لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أحمر وشهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أصفر، وكذلك إذا اختلفوا في الطول والقصر.

قال رحمه الله: لكن هذا كله يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الإكراه والطواعية؛ لما أن هذا التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل عن إكراه وانتهاؤه عن طوع، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، و«الفوائد الظهيريَّة».

قلتُ: ما ذكره لا يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لما أن كل ما ذكرناه في مسألة الإكراه والطواعية لا تتفاوت بين أن يكون إكراهًا من أوله إلى آخره، وبين أن يكون أوله إكراهًا وآخره طوعًا؛ لأن الإكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله إلى آخره إكراهًا، أو أوله إكراهًا وآخره طوعًا، فلمَّا كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود عليه كما ذكرنا.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالنُّخَيْلَةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَأَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِهَا عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ بِدَيْرِ هِنْدٍ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمْ جَمِيعًا) أَمَّا عَنْهُمَا فَلِأَنَّا تَيَقَّنَّا بِكَذِبِ أَحَدِ الفَرِيقَيْنِ غَيْرِ عَيْنٍ، وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلِاحْتِمَالِ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى امْرَأَةٍ بِالزِّنَا وَهِيَ بِكْرٌ دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ)؛ لِأَنَّ الزِّنَا لا يَتَحَقَّقُ مَعَ بَقَاءِ البَكَارَةِ، وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنَّ النِّسَاءَ نَظَرْنَ إِلَيْهَا فَقُلْنَا إِنَّهَا بِكْرٌ، وَشَهَادَتُهُنَّ حُجَّةٌ فِي إِسْقَاطِ الحَدِّ وَلَيْسَتْ بِحُجَّةٍ فِي إِيجَابِهِ فَلِهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنْهُمَا وَلا يَجِبُ عَلَيْهِمْ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَهُمْ عُمْيَانٌ أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَذْفٍ أَوْ أَحَدُهُمْ

قوله: وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ أَنَّهُ زَنَى بِامْرَأَةٍ بِالنُّخَيْلَةِ، النخيلة: تصغير النخلة التي هي واحدة النخل، موضع قريب من الكوفة، والباء والجيم تصحيف؛ لأنها اسم حيّ من اليمن، و: دَيْرِ هِنْدٍ، لا يُساعد عليه؛ لأن دير هند أيضًا موضع قريب من الكوفة، ومنه قول الشاعر:

لمَّا مَرَرْتُ بدَيْرِ الهِنْدِ أَرَّقَنِي * صوْتُ الدَّجاجِ وضَرْبٌ بالنَّوَاقِيسِ

وأمَّا ضم الباء فتحريف أصلًا، كذا في «المغرب».

قوله: وَأَمَّا عَنِ الشُّهُودِ فَلِاحْتِمَالِ صِدْقِ كُلِّ فَرِيقٍ؛ لأن احتمال الصدق في كلام كل واحد من الفريقين ثابت، وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف.

قوله: دُرِئَ الحَدُّ عَنْهُمَا وَعَنْهُمْ، أمَّا عنهما فلأن الزنا لا يتحقق مع البكارة، وشهادة النساء حجة فيما لا إطلاع للرجل عليه خصوصًا في إسقاط الحد، وأمَّا عنهم فلأنه تكامل نصاب الشهادة، وإنما امتنع حكم الشهادة بقول النساء ولا مدخل لقول النساء في إيجاب الحدود، وكذلك إذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب، ولا تحد الشهود هنا أيضًا؛ لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العار والشنار عن المقذوف، وأنه منفي عنه هنا لمكان

عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ) وَلا يُحَدُّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِم المَالُ فَكَيْفَ يَثْبُتُ الحَدُّ وَهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ، وَالعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلتَّحَمُّلِ وَالأَدَاءِ فَلَمْ تَثْبُتْ شُبْهَةُ الزِّنَا؛ لِأَنَّ الزِّنَا يَثْبُتُ بِالأَدَاءِ (وَإِنْ شَهِدُوا بِذَلِكَ وَهُمْ فُسَّاقٌ أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُمْ فُسَّاقٌ لَمْ يُحَدُّوا)؛ لِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الأَدَاءِ وَالتَّحَمُّلِ وَإِنْ كَانَ فِي أَدَائِهِ نَوْعُ قُصُورٍ لِتُهْمَةِ الفِسْقِ، وَلِهَذَا لَوْ قَضَى القَاضِي بِشَهَادَةِ فَاسِقٍ يَنْفُذُ عِنْدَنَا، وَيَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمْ شُبْهَةُ الزِّنَا، وَبِاعْتِبَارِ قُصُورٍ فِي الأَدَاءِ لِتُهْمَةِ الفِسْقِ يَثْبُتُ شُبْهَةُ عَدَمِ الزِّنَا فَلِهَذَا امْتَنَعَ الحَدَّانِ، وَسَيَأْتِي فِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ الفَاسِقَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَهُوَ كَالعَبْدِ عِنْدَهُ (وَإِنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ

الجب، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: لِأَنَّ الزِّنَا يَثْبُتُ بِالأَدَاءِ، أي: يظهر عند الإمام بأداء الشهود الشهادة، ولا أداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملًا ولا ناقصًا، فانقلبت شهادتهم قذفًا؛ لأنهم نسبوهما إلى الزنا ولم تكن نسبتهما إلى الزنا شهادةً فكان قذفًا ضرورة.

وذكر الإمام قاضي خان: والكلام يبتني على معرفة الشهود فنقول: الشهود ثلاثة:

(١) شاهد له أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل.

(٢) وشاهد له أهلية الأداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق.

(٣) وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الأداء كالأعمى والمحدود في القذف.

قوله: لِأَنَّ الفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الأَدَاءِ، أي: بالنص قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦]، والأمر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الأداء؛ لأنه لو لم يكن أهلًا لما أمر بالتثبت، ألا ترى أن العبد إذا شهد يُؤمر بالردِّ ولا يُؤمر بالتثبت.

عَنْ أَرْبَعَةٍ حُدُّوا)؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفَةٌ إِذْ لا حِسْبَةَ عِنْدَ نُقْصَانِ العَدَدِ وَخُرُوجِ الشَّهَادَةِ عَنِ القَذْفِ بِاعْتِبَارِهَا.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَضُرِبَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ وُجِدَ أَحَدُهُمْ عَبْدًا أَوْ مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ فَإِنَّهُمْ يُحَدُّونَ)؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفَةٌ إِذِ الشُّهُودُ ثَلَاثَةٌ (وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ وَلا عَلَى بَيْتِ المَالِ أَرْشُ الضَّرْبِ، وَإِنْ رُجِمَ فَدِيَتُهُ عَلَى بَيْتِ المَالِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: أَرْشُ الضَّرْبِ أَيْضًا عَلَى بَيْتِ المَالِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ جَرَحَهُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا مَاتَ مِنَ الضَّرْبِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ لا يَضْمَنُونَ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ، لَهُمَا أَنَّ الوَاجِبَ بِشَهَادَتِهِمْ مُطْلَقُ الضَّرْبِ، إِذِ الاحْتِرَازُ عَنِ الجَرْحِ خَارِجٌ عَنِ الوُسْعِ فَيَنْتَظِمُ الجَارِحُ وَغَيْرُهُ فَيُضَافُ إِلَى شَهَادَتِهِمْ فَيَضْمَنُونَ بِالرُّجُوعِ، وَعِنْدَ عَدَمِ الرُّجُوعِ تَجِبُ عَلَى بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ فِعْلُ الجَلَّادِ إِلَى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ فَصَارَ كَالرَّجْمِ وَالقِصَاصِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ الجَلْدُ وَهُوَ ضَرْبٌ مُؤْلِمٌ غَيْرُ جَارِحٍ وَلا مُهْلِكٍ، فَلَا يَقَعُ جَارِحًا ظَاهِرًا إِلَّا لِمَعْنًى فِي الضَّارِبِ وَهُوَ قِلَّةُ

قوله: وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُونَ، أي: أرش الجراحة إن لم يمت، والدية إن ماتَ وصار كالرجم والقصاص، فإنه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية، وأمَّا إذا ظهر أحدهم عبدًا ففي القصاص والرجم تجبُ الدية في بيت المال.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ الوَاجِبَ هُوَ الجَلْدُ وَهُوَ ضَرْبٌ مُؤْلِمٌ غَيْرُ جَارِحٍ وَلا مُهْلِكٍ، بدليل أنه لا يقام هذا الحد في الحرِّ الشديد ولا في البرد الشديد، ولا على المريض لكيلا يؤدي إلى الإتلاف، وبدليل أنه يُختار لإقامة الحد سوطٌ لا ثمرةَ له كيلا

هِدَايَتِهِ فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، إلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي الصَّحِيحِ كَيْ لا يَمْتَنِعَ النَّاسُ عَنِ الإِقَامَةِ مَخَافَةَ الغَرَامَةِ.

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى شَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا لَمْ يُحَدَّ) لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ وَلا ضَرُورَةَ إِلَى تَحَمُّلِهَا (فَإِنْ جَاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا عَلَى المُعَايَنَةِ فِي ذَلِكَ

يجرحه، ويفرّق على أعضائه كيلا يؤدي إلى الجراحة ولكن الجراحة والإتلاف ممَّا أفضت إليه الشهادة، والشاهد عند الرجوع لا يضمن ما أفضى إليه شهادته، كالشاهد بالنسب في حالة الحياة إذا رجع بعد ما ماتَ المشهود عليه وورث المشهود له بنسبه، وكما أن الجراحة والإتلاف ليس من موجب الشهادة فكذلك ليس من موجب القضاء؛ لأن القاضي إنما يقضي بما شهد به الشهود فلا يمكن إيجاب الضمان على القاضي ولا على بيت المال؛ لأنه إنما يجبُ في بيت المال ما كان واجبًا بقضاء القاضي إذا تبيَّن فيه الخطأ، ولا شيء على الجلاد أيضًا؛ لأنه امتثل أمر القاضي وهو مجتهد فيما أقامَ من الحد فلهذا لا يضمن أحد شيئًا، بخلاف ما إذا باشر حد الضرب بالسوط فإن ما يحصل بضربه من موجبات فعله وهو متعدٍ في ذلك فكان مؤاخذًا بضمانه، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: وأبو حنيفة رحمه الله يقول بأن الإضافة إلى الشهود من حيث الإيجاب دون الإيجاد، والأثر الحاصل موجبُ وجود الضرب لا موجب وجوبه، فلم يكن مضافًا إلى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان.

قوله: فَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ - أي: على الضارب - إلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ الضَّمَانُ على الضارب أيضًا في الصحيح من الرواية.

وذكر في «مبسوط فخر الإسلام»: فلو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه؛ لأنه ليس بمأمورٍ بهذا الوجه؛ لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديًا فيجب عليه الضمان.

قوله: لِمَا فِيهَا مِنْ زِيَادَةِ الشُّبْهَةِ، فيجب الشبهة من حيث أن الكلام إذا تداولته

المَكَانِ لَمْ يُحَدَّ أَيْضًا) مَعْنَاهُ شَهِدُوا عَلَى ذَلِكَ الزِّنَا بِعَيْنِهِ؛ لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ قَدْ رُدَّتْ مِنْ وَجْهٍ بِرَدِّ شَهَادَةِ الفُرُوعِ فِي عَيْنِ هَذِهِ الحَادِثَةِ إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ بِالأَمْرِ وَالتَّحْمِيلِ، وَلا يُحَدُّ الشُّهُودُ؛ لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ وَامْتِنَاعُ الحَدِّ عَلَى الشُّهُودِ عَلَيْهِ لِنَوْعِ شُبْهَةٍ، وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الحَدِّ لا لِإِيجَابِهِ.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ فَكُلَّمَا رَجَعَ وَاحِدٌ حُدَّ الرَّاجِعُ وَحْدَهُ وَغَرِمَ رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ الحَقِّ فَيَكُونُ التَّالِفُ بِشَهَادَةِ الرَّاجِعِ رُبْعَ الحَقِّ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ القَتْلُ دُونَ المَالِ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي شُهُودِ القِصَاصِ، وَسَنُبَيِّنُهُ فِي الدِّيَاتِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَأَمَّا الحَدُّ فَمَذْهَبُ عُلَمَائِنَا

الألسنة تمكن فيه زيادة ونقصان؛ ولأن الشهادة على الشهادة بدل والأبدال منصوبة للحاجة ولا تقام الحدود بمثله، لأنها مبنيَّة على الدرء، ولا حدَّ على الفروع؛ لأنهم ما نسبوا المشهود عليه إلى الزنا إنما حكوا شهادة الأصول بذلك، والحاكي للقذف عن غيره لا يكون قاذفًا، كذا في «المبسوط».

قوله: إِذْ هُمْ قَائِمُونَ مَقَامَهُمْ، أي: الفروع قائمون مقام الأصول، فكان الرد بشهادة الفروع ردًّا بشهادة الأصول؛ وذلك لأن في الموضع الذي تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الأصول أيضًا، ففي الموضع الذي ترد يتعدى ردُّه إلى شهادة الأصول من وجه، وذلك شبهة.

قوله: وَلا يُحَدُّ الشُّهُودُ - أي: الأصول والفروع - لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُتَكَامِلٌ، والأهلية أيضًا موجودة لِنَوْعِ شُبْهَةٍ، وهو شبهة عدم التحميل في الفروع، وشبهة الرد في الأصول.

قوله: وَهِيَ كَافِيَةٌ لِدَرْءِ الحَدِّ لا لِإِيجَابِهِ؛ لأن الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولو رد الفروع في المال لتهمة تقبل شهادة الأصول؛ لأنه ما ردَّ شهادتهم حقيقةً، ولو ردوا لتهمة الأولين لم يقبلها أبدًا من الأولين ولا من الفروع،

الثَّلاثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُحَدُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَدْ بَطَلَ بِالمَوْتِ، وَإِنْ كَانَ قَاذِفَ مَيِّتٍ فَهُوَ مَرْجُومٌ بِحُكْمِ القَاضِي فَيُورِثُ ذَلِكَ شُبْهَةً، وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ؛ لِأَنَّ بِهِ تُفْسَخُ شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ وَقَدِ انْفَسَخَتِ الحُجَّةُ فَيَنْفَسِخُ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهِ وَهُوَ القَضَاءُ فِي حَقِّهِ فَلَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ،

ولو ردوا لرق الأولَين أو لكفرهما ثمَّ عتقا أو أسلما فشهدوا بذلك جاز.

قوله: لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الرَّاجِعُ قَاذِفَ حَيٍّ فَقَدْ بَطَلَ بِالمَوْتِ؛ لأن حد القذف لا يورث.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ؛ لأن بالرجوع تُفْسَخُ شَهَادَتُهُ فَجُعِلَ لِلْحَالِ قَذْفًا لِلْمَيِّتِ، كمن قال لامرأته: إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق عند دخول الدار، يصير ذلك الكلام طلاقًا؛ لا أن يتبين أنه كان طلاقًا؛ لأن صيرورته طلاقـًا باعتبار وصوله إلى المحل، ووصوله إلى المحل مقصورٌ على الحال، فإذا ثبتَ أنه إنما يصير كلامه في الحال قذفـًا والمقذوف في الحال ميت، ومن قذف ميتًا يلزمه الحد.

فإن قيل: هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم لو قذفه قاذف لا يحد قاذفه فكيف يحد هذا الراجع، فيلزم من هذا أنه لا حدَّ على الراجع؛ لأنه إمَّا إن كان قاذفـًا للحيِّ ثم ماتَ، أو كان قاذفـًا في الحال للميت بالرجم بحكم الحاكم، فعلى الوجهين لا يجب الحد على القاذف.

قلنا: هو مرجومٌ بحكم الحاكم بشهادتهم، وهو يزعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه معتبر في حق نفسه، بخلاف القاذف فإن قذفه لا يقدح في الشهادة التي هي حجة.

فإن قيل: أكثر ما فيه أنه مقر بأنه كان عفيفـًا، ولو قذفه إنسان بالزنا ثم أكذب نفسه وقال كان عفيفـًا لا يقام عليه الحد أيضًا.

قلنا: نعم القاذف وإن أكذب نفسه فالحجة المسقطة للإحصان بقيت كاملة، فأمَّا إذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للإحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد، كذا في «المبسوط».

وهذا معنى قوله: فَيَنْفَسِخُ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهِ وَهُوَ القَضَاءُ فِي حَقِّهِ فَلَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، أي:

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ فِي حَقِّ غَيْرِهِ لِقِيَامِ القَضَاءِ فِي حَقِّهِ.

(فَإِنْ لَمْ يُحَدَّ المَشْهُودُ عَلَيْهِ حَتَّى رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ حُدُّوا جَمِيعًا وَسَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حُدَّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَأَكَّدَتْ بِالقَضَاءِ فَلَا يَنْفَسِخُ إِلَّا فِي حَقِّ الرَّاجِعِ، كَمَا إِذَا رَجَعَ بَعْدَ الإِمْضَاءِ، وَلَهُمَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ

لا يورث شبهة سقوط حد القذف فيحد لذلك.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَذَفَهُ غَيْرُهُ، أي: قذف المرجوم غير الشاهد الراجع حيث لا يحد القاذف؛ لأن المرجوم غير محصن في حق القاذف الذي هو غير الشاهد؛ لما أن قضاء القاضي صحيح متقرِّر في زعم القاذف، فكان قذفه واقعًا في حق غير المحصن، فلا يجب حد القذف على القاذف لذلك، بخلاف الشاهد الراجع.

الضمير في **قوله:** فِي حَقِّهِ، راجع إلى الغير في **قوله:** فِي حَقِّ غَيْرِهِ، أي: قضاء القاضي قائم في زعم القاذف الذي هو غير الشاهد الراجع، فلذلك لم يجب عليه حد القذف بقذفه.

فإن قلتَ: لو وجد أحد الشهود عبدًا بعد الرجم فلا يحد الشهود حد القذف بالإجماع، ولو وجد أحدهم عبدًا بعد الجلد يحدون حد القذف، فهذا دليل على أن القذف لو ثبتَ بالشهادة إنما يثبت من وقت الشهادة كما قال زفر، ومن قذف حيًّا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف.

قلتُ: لمَّا ظهر أن أحدهم عبد علم أن شهادتهم لم تكن شهادةً، بل كانت قذفًا في ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة؛ لأن العبد لا شهادة له، ومن قذف حيًّا ثم مات لا يُقام عليه الحد، بخلاف ما نحن فيه فإنها كانت شهادة في ذلك الوقت، وبالرجوع بعد الرجم انقلبت الشهادة قذفًا بعد الموت، فكان قاذفًا للميت فيحد، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ، وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسألة التقادم، ثم ثمرة كون الإمضاء من القضاء تظهر فيما إذا اعترضت أسباب الجرح، أو سقوط إحصان المقذوف، أو عزل القاضي تمنع الإمضاء، فلذلك صار الرجوع قبل الإمضاء كالرجوع قبل

فَصَارَ كَمَا إِذَا رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ القَضَاءِ وَلِهَذَا سَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ قَبْلَ القَضَاءِ حُدُّوا جَمِيعًا، وَقَالَ زُفَرُ: يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ لا يُصَدَّقُ عَلَى غَيْرِهِ، وَلَنَا أَنَّ كَلامَهُمْ قَذْفٌ فِي الأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا فَيُحَدُّونَ.

القضاء، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ: يُحَدُّ الرَّاجِعُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ لا يُصَدَّقُ عَلَى غَيْرِهِ؛ ولأن الحال لا يخلو إمَّا أن يجب الحد على الثلاثة الذين لم يرجعوا بالشهادة، أو بالرجوع، لا وجه إلى الأول؛ لأن الشهادة لا توجب الحد، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه بالرجوع يثنى عليه خيرًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ كَلامَهُمْ قَذْفٌ فِي الأَصْلِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ شَهَادَةً بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ بَقِيَ قَذْفًا؛ وذلك لأن العارض بالشهود قبل القضاء كالمقترن بأصل الأداء، بدليل عمي الشهود وردَّتهم، وبدليل المال، فإن رجوع الشهود هناك قبل القضاء يمنع القاضي من القضاء بالمال كعدم تمام الحجة في الابتداء، فإذا ثبتَ هذا فنقول: لو امتنع الرابع من أداء الشهادة في الابتداء يقام حد القذف على الثلاثة، ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبتهم إيَّاه إلى الزنا، فكذلك إذا رجع أحدهم قبل القضاء، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ففيما قال أصحابنا يلزم مؤاخذة إنسان بذنب غيره، فإن الراجع هو الذي أذنب على نفسه برجوعه عن شهادته، فلو قلنا برجوعه يحد الشهود، والذين لم يرجعوا عن شهادتهم وهم الثلاثة يلزم ذلك، وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

قلتُ: قد ذكر جواب هذا فيما ذكرنا من «المبسوط» حيث قال: يقام حد القذف على الثلاثة، وذلك لم يكن بمجرَّد سكوت الرابع بل بنسبتهم إيَّاه إلى الزنا؛ وذلك لأنه لا تفاوت بين الشهادة عليه بالزنا وبين قذفه بالزنا لفظًا، فإن في كل منهما نسبة المشهود عليه إلى الزنا، فكان كل منهما قذفًا في مخرجه، وإنما تكون شهادة إذا تمَّ بها أمر القضاء، وقبل ذلك كان أمرُ

(فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ وَهُوَ شَهَادَةُ الْأَرْبَعَةِ (فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ حُدَّا وَغَرِمَا رُبْعَ الدِّيَةِ) أَمَّا الْحَدُّ فَلِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْغَرَامَةُ فَلِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْحَقِّ، وَالْمُعْتَبَرُ بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ عَلَى مَا عُرِفَ.

الشهادة موقوفاً مراعى إلى أن يتصل بها القضاء، فلمَّا رجع واحدٌ منهم قبل القضاء عمل كل من الشهادة ما كان في أصلها وهو القذف، فعُلم بهذا أن كلًّا من الشهود مؤاخذٌ بفعله لا بفعل غيره؛ لأن كلًّا منهم شهدوا وهي شهادة إذا وجد شرطها وهو اتصال القضاء بها فلم يوجد، فبقيت قذفاً كما هو في أصلها فيحدون حد القذف جميعًا، وهذه الشبهة وهي وجوب الحد على إنسان بسبب الغير لا ترد في هذه المسألة؛ لما ذكرنا أن كلًّا منهم يحد حد القذف بفعل نفسه لا بفعل غيره، وإنما ترد في المسألة التي تلي هذه المسألة على ما يأتِي.

قوله: فَإِنْ كَانُوا خَمْسَةً فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ، أي: بعد الرجم؛ لأن هذه المسألة معطوفة على أصل المسألة وهي **قوله**: وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَرُجِمَ ثُمَّ رَجَعَ وَاحِدٌ.

قوله: فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، أي: لا الحد ولا غرامة الدية.

قوله: أَمَّا الْحَدُّ فَلِمَا ذَكَرْنَا، أي: يجبُ الحدُّ لما ذكرنا وهي **قوله**: وَلَنَا أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَنْقَلِبُ قَذْفًا بِالرُّجُوعِ، إلى آخره، يعني: فإنَّهما يحدان جميعًا؛ لأنه لمَّا رجع الثانِي لم يبق من الشهود من يتم به الحجة، وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد.

فإن قيل: الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان، فلو لزمه ذلك إنما يلزمه برجوع الثانِي، ورجوع غيره لا يكون ملزمًا إيَّاه الحد؟

قلنا: لم يجب لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء الحجة التامة، فإذا زال المانعُ برجوع الثانِي وجب الحد على الأول بالسبب المتقرر في حقه لا بزوال المانع، ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجبَ القول بأنهم لو رجعوا معًا لا يحدُّ واحد منهم؛ لأن في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبتَ أصحابه على الشهادة وهذا بعيد، كذا في «المبسوط».

(وَإِنْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَزُكُّوا فَرُجِمَ فَإِذَا الشُّهُودُ مَجُوسٌ أَوْ عَبِيدٌ فَالدِّيَةُ عَلَى المُزَكِّينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ) مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّزْكِيَةِ (وَقَالَا هُوَ عَلَى بَيْتِ المَالِ) وَقِيلَ هَذَا إِذَا قَالُوا تَعَمَّدْنَا التَّزْكِيَةَ مَعَ عِلْمِنَا بِحَالِهِمْ، لَهُمَا أَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارَ كَمَا إِذَا أَثْنَوْا عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ خَيْرًا بِأَنْ شَهِدُوا بِإِحْصَانِهِ، وَلَهُ أَنَّ الشَّهَادَةَ إِنَّمَا تَصِيرُ حُجَّةً عَامِلَةً بِالتَّزْكِيَةِ، فَكَانَتِ التَّزْكِيَةُ

التزكية: من زكى نفسه، أي: مدحها، وتزكية الشهود من ذلك؛ لأنها إثبات عدالتهم ووصفهم بأنَّهم أزكياء، كذا في «المغرب».

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا رَجَعُوا عَنِ التَّزْكِيَةِ، أي: رجعوا عن قولهم بأنَّهم أحرار مسلمون، وقالوا: إنا قلنا إنَّهم أحرار مسلمون مع علمنا بحالهم بأنهم عبيد أو كفارٌ، كذا في نسخ الشروح، فعلى هذا ينبغي أن لا يذكر في الكتاب قوله: وَقِيلَ، بل يجب أن يقال: هذا إذا قالوا تعمدنا من غير أن يقال فيه: وَقِيلَ؛ لأن ذلك يقتضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيه قول أخر سوى التعمد، وليس كذلك؛ لأن المزكي إذا كان باقياً على تزكيته، أو قال للمزكي: أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع، إنَّما الخلاف فيما إذا قال: علمتُ أنَّهم عبيد وتعمدت ذلك، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره.

وذكر في «المبسوط»: فإن ثبت المزكون على التزكية وزعموا أنَّهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود؛ أما على الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم فلم تقبل شهادتهم؛ إذ لا شهادة على المسلمين للعبيد والكفار، وأمَّا على المزكين فلأنَّهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحرّيتهم، وإنما زكوهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما أخبروا به القاضي من قول الناس: أحرار من المسلمين.

وأمَّا إذا رجعوا عن التزكية وقالوا تعمّدنا فعليهم ضمان الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا ضمان على المزكين ولكن الدية في بيت المال

فِي مَعْنَى عِلَّةِ العِلَّةِ فَيُضَافُ الحُكْمُ إِلَيْهَا بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحْصَانِ؛ لِأَنَّهُ مَحْضُ الشَّرْطِ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ أَوْ أَخْبَرُوا، وَهَذَا إِذَا أَخْبَرُوا بِالحُرِّيَّةِ وَالإِسْلَامِ، أَمَّا إِذَا قَالُوا هُمْ عُدُولٌ وَظَهَرُوا عَبِيدًا لا يَضْمَنُونَ؛ لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ يَكُونُ عَدْلًا. (وَلا ضَمَانَ عَلَى الشُّهُودِ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ كَلَامُهُمْ شَهَادَةً، وَلا يُحَدُّونَ حَدَّ القَذْفِ؛ لِأَنَّهُمْ قَذَفُوا حَيًّا وَقَدْ مَاتَ فَلَا يُورَثُ عَنْهُ.

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَمَرَ القَاضِي بِرَجْمِهِ فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ ثُمَّ وَجَدَ الشُّهُودَ عَبِيدًا فَعَلَى القَاتِلِ الدِّيَةُ) وَفِي القِيَاسِ يَجِبُ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسًا مَعْصُومَةً بِغَيْرِ حَقٍّ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا وَقْتَ القَتْلِ فَأَوْرَثَ

في الوجهين؛ لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف، فسبب الإتلاف الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيرًا فكانوا في المعنى كشهود الإحصان، إلا أن أولئك أثبتوا خصالًا حميدةً في الزاني، وهؤلاء أثبتوا خصالًا حميدةً في الشاهد، فكما لا ضمان على أولئك فكذا لا ضمان على هؤلاء.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: المزكون جعلوا ما ليس بموجب موجبًا، فكانوا بمنزلة من أثبت سبب الإتلاف؛ لأن الشهادة لا توجبُ شيئًا بدون التزكية، وسبب الإتلاف الشهادة فكانت التزكية علة العلة، بخلاف شهود الإحصان فإن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبًا، وأمَّا الشهادة فلا توجب شيئًا بدون التزكية، فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما، ولهذا تشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال.

قوله: وَلا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا شَهِدُوا بِلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ - فقالوا: نشهد بأنَّهم أحرارٌ - أَوْ أَخْبَرُوا، - بأن قالوا: هم أحرارٌ - وَهَذَا، أي: وجوب الضمان على قول أبي حنيفة رحمه الله.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ القَضَاءَ صَحِيحٌ ظَاهِرًا ... فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، فإن صورة قضاء

شُبْهَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَمْ تَصِرْ حُجَّةً بَعْدُ، وَلِأَنَّهُ ظَنَّهُ مُبَاحَ الدَّمِ مُعْتَمِدًا عَلَى دَلِيلٍ مُبِيحٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا ظَنَّهُ حَرْبِيًّا وَعَلَيْهِ عَلَامَتُهُمْ، وَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ عَمْدٌ، وَالعَوَاقِلُ لا تَعْقِلُ العَمْدَ، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِنَفْسِ القَتْلِ (وَإِنْ رُجِمَ ثُمَّ وُجِدُوا عَبِيدًا فَالدِّيَةُ عَلَى بَيْتِ المَالِ)؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ الإِمَامِ فَنَقَلَ فِعْلَهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِمَا ذَكَرْنَا كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ضَرَبَ عُنُقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتَمِرْ أَمْرَهُ.

(وَإِذَا شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ)؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لَهُمْ ضَرُورَةَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ فَأَشْبَهَ الطَّبِيبَ وَالقَابِلَةَ.

القاضي يكفي لإيراث الشبهة؛ لأنه لو كان حقًّا كان مبيحًا للدم، فصورته تمكّن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحد، ولهذا لا يوجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حيًّا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِنْ رُجِمَ - على بناء الفاعل، أي: الرجل الراجم مكان الرجل الذي ضرب عنقه - ثُمَّ وُجِدُوا، أي: الشهود.

قوله: فَنَقَلَ فِعْلَهُ إِلَيْهِ - أي: فعل الراجم إلى الإمام - وَلَوْ بَاشَرَهُ بِنَفْسِهِ - أي: لو باشر الإمامُ الرجمَ بنفسه - تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِمَا ذَكَرْنَا، وهو قوله قبل هذا بورق أو أقل: لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ فِعْلُ الجَلَّادِ إِلَى القَاضِي وَهُوَ عَامِلٌ لِلْمُسْلِمِينَ فَتَجِبُ الغَرَامَةُ فِي مَالِهِمْ.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتَمِرْ أَمْرَهُ؛ لأنه أمره بالرجم دون حزّ الرقبة فلم ينتقل فعله إليه.

قوله: وَقَالُوا تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ، أي: إلى موضع الزنا من الزانيين، كذا صرح الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ يُبَاحُ النَّظَرُ لَهُمْ ضَرُورَةَ تَحَمُّلِ الشَّهَادَةِ، وتحمل الشهادة مأمور به، قال الله

(وَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ بِالزِّنَا فَأَنْكَرَ الإِحْصَانَ وَلَهُ امْرَأَةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّهُ يُرْجَمُ) مَعْنَاهُ أَنْ يُنْكِرَ الدُّخُولَ بَعْدَ وُجُودِ سَائِرِ الشَّرَائِطِ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ بِثَبَاتِ النَّسَبِ مِنْهُ حُكْمٌ بِالدُّخُولِ عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ طَلَّقَهَا يُعْقِبُ الرَّجْعَةَ وَالإِحْصَانَ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ.

(فَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنْهُ وَشَهِدَ عَلَيْهِ بِالإِحْصَانِ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ رُجِمَ) خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ؛ فَالشَّافِعِيُّ مَرَّ عَلَى أَصْلِهِ أَنَّ شَهَادَتَهُنَّ غَيْرُ مَقْبُولَةٍ فِي غَيْرِ الأَمْوَالِ، وَزُفَرُ

تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وإقامتها لا يتحقق بدون النظر إليه عمدًا؛ إذ لا يصح التكليف مع السَّهو، ولكن مع هذا الأمر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود، فلذلك قيل بالإباحة دون الوجوب.

وفي «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة رحمه الله: قال بعض العلماء: لا تقبل شهادتهم لإقرارهم بالفسق على أنفسهم، فالنظر إلى عورة الغير قصدًا يكون فسقًا، وإنما تقبل شهادتهم إذا لم يثبتوا كيفية نظرهم، لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقًا لا قصدًا.

ولكنا نقول: النظر إلى العورة عند الحاجة يجوز شرعًا، فإن الختَّان ينظر، والقابلة تنظر، والنساء تنظرن لمعرفة البكارة، وبالشهود حاجة إلى ذلك؛ لأنهم ما لم يروا كالرِّشاء في البير والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا.

قوله: وَالإِحْصَانَ يَثْبُتُ بِمِثْلِهِ، أي: بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة، ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا، فكذلك هاهنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الإحصان بالحكم بثبات النسب.

قوله: خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، فالخلاف بيننا وبين زفر في هذه المسألة في موضعين:

أحدهما: أن الإحصان يثبت عندنا بشهادة رجل وامرأتين، وعنده لا يثبت.

والثاني: إذا رجع شهود الإحصان بعد الرجم لا يضمنون عندنا، وعنده يضمنون.

والمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الإحصان لمَّا كان شرطًا عنده في معنى

يَقُولُ إِنَّهُ شَرْطٌ فِي مَعْنَى العِلَّةِ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ تَتَغَلَّظُ عِنْدَهُ فَيُضَافُ الحُكْمُ إِلَيْهِ فَأَشْبَهَ حَقِيقَةَ العِلَّةِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيهِ احْتِيَالًا لِلدَّرْءِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَى ذِمِّيٍّ زَنَى عَبْدُهُ المُسْلِمُ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الزِّنَا لَا تُقْبَلُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَنَا أَنَّ الإِحْصَانَ عِبَارَةٌ عَنِ الخِصَالِ الحَمِيدَةِ، وَأَنَّهَا مَانِعَةٌ مِنَ الزِّنَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى العِلَّةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِهِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الحَالَةِ، بِخِلَافِ مَا ذُكِرَ؛

العلة، كان مثبت الإحصان في معنى مثبت الزنا، وفي إثبات الزنا لا يصلح شهادة المرأة فكذلك في إثبات إحصان الزنا.

وضمن شهود الإحصان إذا رجعوا؛ لأن شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق، والشأن في إثبات أن الإحصان هل له معنى العلة أم لا؟ فقال لمَّا كان الإحصان سببًا لتكميل العقوبة عند وجوده كان بمنزلة السبب الذي هو مثبت نفس العقوبة.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ ذِمِّيَّانِ عَلَى ذِمِّيٍّ، إلى آخره، يعني: أن الزانِي لو كان مملوكًا لذمي، وذلك المملوك الزانِي مسلم فشهد على الزانِي ذميَّان أن مولاه الذمي كان أعتقه قبل الزنا لم يرجم، مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة، ولكن لمَّا كان المقصود هاهنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة، فهذا مثله.

ولكنا نقول: الإحصان ليس بسبب موجب للعقوبة ولا في معنى السبب؛ لأنه عبارة عن خصال حميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالإسلام، وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة، فيستحيل أن يكون سببًا للعقوبة، وشهادة النساء إنما لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الأسباب الموجبة للعقوبة، فإذا لم يكن الإحصان من ذلك في شيء قبلت شهادتهن، كما لو شهدوا بالنكاح في غير هذه الحالة، وليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق؛ لأنها تقوم على وجه لا يتضرر به المسلم، وإذا كان لا يجوز أن يتضرر المسلم ضرر المال بشهادة الكفار، فلأن لا يجوز أن يتضرر ضرر الحدِّ بالطريق الأولَى.

لِأَنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا، وَإِنَّمَا لا يَثْبُتُ سَبْقُ التَّارِيخِ؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُهُ المُسْلِمُ أَوْ يَتَضَرَّرُ بِهِ المُسْلِمُ (فَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الإِحْصَانِ لا يَضْمَنُونَ) عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ وَهُوَ فَرْعُ مَا تَقَدَّمَ.

وتحقيقه: أن الخصوص هناك في المشهود عليه لا في المشهود به، فإن شهادة أهل الذمة في الحدود تقبل كما في غيرها، وإقامة الحدِّ على المشهود عليه، فإذا كان يتغير ذلك على المسلم من الجلد إلى الرجم عنده لم تقبل شهادتهم، والخصوص في شهادة النساء في المشهود به لا في المشهود عليه، فإن شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل، فلمَّا لم يكن المشهود به هاهنا سببًا موجبًا للعقوبة قبلت شهادتهم فيه.

أو نقول: العتق هناك يثبت أيضًا، وإنما لا يثبت التاريخ؛ لأن هذا تاريخ ينكره المسلم، وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة، فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولًا بجواز شهادة الكافر على المسلم، كذا ذكره شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله في «الجامع الصغير»، و«المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ حَدِّ الشُّرْبِ)

(وَمَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَعَلَيْهِ الحَدُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ وَرِيحُهَا مَوْجُودَةٌ) لِأَنَّ جِنَايَةَ الشُّرْبِ قَدْ ظَهَرَتْ وَلَمْ يَتَقَادَمِ العَهْدُ، وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ

بـاب حد الشرب

قدم حد الزنا على حد الشرب؛ إمَّا لأن دعاء الطبع إلى الزنا عند غلبة الشهوة أكثر منه إلى الشرب، وعن هذا كان ضرب الزانِي أشد من ضرب شارب الخمر في العدد والوصف، وشرعية الحد إنما كانت لقطع ما تدعوا إليه النفس من المعصية، فأينما كان الدعاء أشد كان الحد أوجب؛ وإمَّا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر، فإنه بمنزلة قتل النفس، ألا ترى أن الله تعالى قرنَ ذكره بذكر عبادة الأصنام وقتل النفس، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا يَزْنُونَ﴾ [الفرقان: ٦٨].

وأخَّر حد القذف عن حد الشرب؛ لما أن جريمة الشارب متيقن بها، بخلاف جريمة القاذف، فإن القذف خبر متميل بين الصدق والكذب، وعن هذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف؛ لأنه جاز أن يكون صادقاً في نسبته إلى الزنا، فلا يكون قذفاً.

قوله: أَوْ جَاءُوا بِهِ سَكْرَانَ فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ - أي: على الشارب بشرب الخمر مع وجود الرائحة عند الأخذ، أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران - فَعَلَيْهِ الحَدُّ، وظاهره يقتضي أن لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر، ولكن

فَاجْلِدُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ».

(وَإِنْ أَقَرَّ بَعْدَ ذَهَابِ رَائِحَتِهَا لَمْ يُحَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ) وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا ذَهَبَ رِيحُهَا وَالسُّكْرُ لَمْ يُحَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُحَدُّ، فَالتَّقَادُمُ يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ بِالِاتِّفَاقِ، غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ اعْتِبَارًا بِحَدِّ الزِّنَا، وَهَذَا لِأَنَّ التَّأْخِيرَ يَتَحَقَّقُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَالرَّائِحَةُ قَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا قِيلَ:

يَقُولُونَ لِي إِنْكَهْ شَرِبْتَ مُدَامَةً * فَقُلْتُ لَهُمْ لا بَلْ أَكَلْتُ السَّفَرْجَلا

وَعِنْدَهُمَا يُقَدَّرُ بِزَوَالِ الرَّائِحَةِ لِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ: فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ، وَلِأَنَّ قِيَامَ الأَثَرِ مِنْ أَقْوَى دَلَالَةٍ عَلَى القُرْبِ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِهِ، وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرَّوَائِحِ مُمْكِنٌ لِلْمُسْتَدِلِّ، وَإِنَّمَا تَشْتَبِهُ عَلَى الجُهَّالِ،

الروايات في الشروح مقيَّدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار.

قوله: وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِ، أي: لا يحد أيضًا عندهما، وهو معطوف على **قوله:** لَمْ يُحَدَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ بِالزَّمَانِ عِنْدَهُ، وهو الشهر الواحد.

يقال: استنكهت الشارب ونكهته، تشممت نكهته، أي: ريح فمه، ونكه الشارب في وجهي أيضًا إذا تنفس، يتعدَّى ولا يتعدى، وهو من باب مَنَعَ، المدامةُ: والمدام الخمر على وزن المفعل من الدَّوم، فروي الشعر بروايتين: إحداهما بدون كلمة قد بإظهار الهمزة في: إِنْكَهْ: يَقُولُونَ لِي إِنْكَهْ شَرِبْتَ مُدَامَةً، والأخرى بكلمة قد من غير إظهار الهمزة: يَقُولُونَ لِي إِنْكَهْ قَدْ شَرِبْتَ مُدَامَةً، فرواية «المغرب» بزيادة قد.

وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَالتَّقَادُمُ لا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ تَقْرِيرُهُ، وَعِنْدَهُمَا لا يُقَامُ الحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، لِأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِإِجْمَاعِ

قوله: وَأَمَّا الإِقْرَارُ فَالتَّقَادُمُ لا يُبْطِلُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ ... وَعِنْدَهُمَا لا يُقَامُ الحَدُّ إِلَّا عِنْدَ قِيَامِ الرَّائِحَةِ، سواءٌ كان وجوب الحد بالشهادة أو بالإقرار، غير أن الرائحة إنما تشترط في الشهادة حالة التحمل لا حالة الأداء على ما ذكره في الكتاب بقوله: فَإِنْ أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ، إلى آخره، وهما يتعلقان بحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث شرط قيام الرائحة بقوله: فَإِنْ وَجَدْتُمْ رَائِحَةَ الخَمْرِ فَاجْلِدُوهُ، وأجاب محمد رحمه الله عن هذا وقال: التعليق بالشرط يوجب الوجود عند وجوده، ولا يوجب العدم عند العدم على ما هو أصلنا، وهما يقولان: نعم كذلك، لكن الحديث الذي رويناه إنَّما ورد في الإقرار، والتعليق بالشرط يوجب الوجود عند وجوده لا محالة، فلا يثبت وجوب الحدِّ بهذه الشبهة على قول ابن مسعود إلا بهذا الشرط، فيبطل عند عدمه لا بحكم هذا التعليق، لكن لعدم الإجماع الذي به ثبتَ الحد؛ لما أن إجماع الصحابة رضي الله عنهم لا ينعقد بدون رأيه، وما عُلم منه إقامة حد الشرب إذا ثبتَ بحجة الإقرار إلا بقيام الرائحة، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

قوله: وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى التَّقْدِيرِ بِالزَّمَانِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اعْتِبَارِهِ، أي: اعتبار قيام الأثر وهو الرائحة، والمعنى فيه أيضًا أن حد الخمر ضعيف؛ لما أنه لا نصَّ فيه فلا يقام إلا على الوجه الذي ورد الأثر به، وإنما وردَ الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه، ولوجود الخمر في بطنه علامة وهو وجود الرائحة منه فلا يقضى إلا بظهور تلك العلامة، كالمرأة إذا ادعت الولادة ما لم تشهد القابلة بذلك لا يقضي القاضي بها.

أو نقول: إنه أقرَّ على نفسه بحق ولصدق إقراره علامة وهي الرائحة، فوجبَ أن يشترط وجود تلك العلامة بتصديقه في إقراره، قياسًا على ما إذا قال: قطعتُ يد فلان، فإن كان يد فلان مقطوعة كان مصدقًا في إقراره، وإلا فلا، والمعنى فيه الاحتيال لدرء الحد، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

ولأنه حدٌّ ليس للآدمي فيه حق، فجاز أن يؤكد الإقرارُ به بأمرٍ زائدٍ أصله حد الزنا،

الصَّحَابَةِ، وَلا إِجْمَاعَ إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ عَلَى مَا رَوَيْنَا.

(فَإِنْ أَخَذَهُ الشُّهُودُ وَرِيحُهَا تُوجَدُ مِنْهُ أَوْ سَكْرَانُ فَذَهَبُوا بِهِ مِنْ مِصْرٍ إِلَى مِصْرٍ فِيهِ الإِمَامُ فَانْقَطَعَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَنْتَهُوا بِهِ حُدَّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ هَذَا عُذْرٌ كَبُعْدِ المَسَافَةِ فِي حَدِّ الزِّنَا وَالشَّاهِدُ لا يُتَّهَمُ فِي مِثْلِهِ. (وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ) لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَقَامَ الحَدَّ عَلَى أَعْرَابِيٍّ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ، وَسَنُبَيِّنُ الكَلَامَ فِي حَدِّ

وليس هاهُنا ما يؤكد به إلا بقاء الأثر، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: إِلَّا بِرَأْيِ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وَقَدْ شَرَطَ قِيَامَ الرَّائِحَةِ، فإن قيل: هذا معارض لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «مَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ»، فإنه مطلق عن اشتراط الرائحة؟

قلنا: ذاك عام خُصَّ منه موضع الإكراه، فإنه إذا شرب مكرهًا لا يجلد فيعارضه القياس.

قوله: وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ، أي: النبيذ الذي غلا واشتدَّ، فاسم النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر، وحاصل ذلك أن ما يتخذ من الزبيب شيئان: نقيعٌ ونبيذٌ، فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أيَّامًا حتى تخرج حلاوته إلى الماء، ثم يطبخ أدنى طبخة فما دام حلوًا يحل شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم، وأمَّا النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف رحمه الله الآخر يحل شرابه ما دون السكر، وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل.

والأشربة التي تتخذ من التمر ثلاثة: السكر والفضيح والنبيذ، فالنبيذ هو ماء التمر ذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوًا، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يحل شربه للتداوي والتقوي إلا القدح المسكر، وقال محمد والشافعي رحمهما الله: لا يحل واختلفوا في وجوب الحد، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي

السُّكْرِ وَمِقْدَارِ حَدِّهِ المُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

(وَلا حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الخَمْرِ أَوْ تَقَيَّأَهَا) لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، وَكَذَا الشُّرْبُ قَدْ يَقَعُ عَنْ إِكْرَاهٍ أَوْ اضْطِرَارٍ (وَلا يُحَدُّ السَّكْرَانُ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا) لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ المُبَاحِ لا يُوجِبُ الحَدَّ كَالبَنْجِ وَلَبَنِ الرِّمَاكِ، وَكَذَا شُرْبُ المُكْرَهِ لا يُوجِبُ الحَدَّ (وَلا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ) تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِ الانْزِجَارِ.

خان، وسيجيء بيانه مستوفى في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى.

قوله: وَلا حَدَّ عَلَى مَنْ وُجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الخَمْرِ، فعُلِم بهذا أن معنى قوله في أول الباب: فَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ، أي: على شرب الشارب الخمر، لا شهادتهم على مجرد الرائحة.

قوله: لِأَنَّ الرَّائِحَةَ مُحْتَمَلَةٌ، فإن قيل: هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله، وهو **قوله:** وَالتَّمْيِيزُ بَيْنَ الرَّوَائِحِ مُمْكِنٌ لِلْمُسْتَدِلِّ.

قلنا: الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال، والتميز بعد الاستدل على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب، والاحتمال لمن لم يُعاينه.

قوله: لِأَنَّ السُّكْرَ مِنَ المُبَاحِ لا يُوجِبُ الحَدَّ كَالبَنْجِ، فجعل السكر من البنج السكر من المباح مخالف لرواية «الجامع الصغير» للإمام المحبوبي رحمه الله، فإنه ذكر فيه: وعن أبي حنيفة رحمه الله قال: من زال عقله بالبنج إن عُلم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه، وإن لم يعلم لا يقع، ثم قال: والسكر من هذه الأشربة - أشار إلى الأشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة، والأشربة المتخذة من الشهد والعسل والفرصاد وغيرها - حرام بالإجماع؛ لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب، فمن المشروب أَوْلَى، ووجدتُ بخط شيخي رحمه الله: وفي زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لفشو هذا الفعل فيما بين الناس.

(وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ فِي الحُرِّ ثَمَانُونَ سَوْطًا) لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - (يُفَرَّقُ عَلَى بَدَنِهِ كَمَا فِي حَدِّ الزِّنَا عَلَى مَا مَرَّ) ثُمَّ يُجَرَّدُ فِي المَشْهُودِ مِنَ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يُجَرَّدُ إِظْهَارًا لِلتَّخْفِيفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا (وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَحَدُّهُ أَرْبَعُونَ سَوْطًا) لِأَنَّ الرِّقَّ مُتَّصِفٌ عَلَى مَا عُرِفَ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّكَرِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى (وَيَثْبُتُ الشُّرْبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ وَ) يَثْبُتُ (بِالإِقْرَارِ مَرَّةً وَاحِدَةً) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَشْتَرِطُ الإِقْرَارَ مَرَّتَيْنِ وَهُوَ نَظِيرُ الاخْتِلَافِ فِي السَّرِقَةِ، وَسَنُبَيِّنُهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَلَا تُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ)؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ

قوله: وَحَدُّ الخَمْرِ وَالسُّكْرِ، بضم السين وسكون الكاف، هكذا كان مقيَّدًا بقيد شيخي رحمه الله، أي: السكر من غير الخمر، فإن وجوب الحد في الخمر غير موقوف على وجوب السكر، بل يجب الحد بشرب قطرة منها، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ نَصٌّ، أي: نص قاطع.

قوله: أَنَّا أَظْهَرْنَا التَّخْفِيفَ مَرَّةً - أي: من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في حد الزنا، مع أن الإلحاق به أَوْلَى؛ لأن دليل كل واحد منهما قطعيٌّ - فَلَا يُعْتَبَرُ ثَانِيًا، أي: فلا يخفف ثانيًا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ وَالسَّكَرِ، بفتحتين، هكذا كان مقيدًا؛ ولأن شرب السُّكر بضم السين ممَّا لا يصح، وذكر في «المغرب»: السَّكَر: بفتحتين عصير الرطب إذا اشتد، وهو في الأصل مصدر سَكر من الشراب سُكرًا أو سكَرًا.

قوله: لِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾

وَتُهْمَةَ الضَّلَالِ وَالنِّسْيَانِ.

(وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ هُوَ الَّذِي لا يَعْقِلُ مَنْطِقًا لا قَلِيلًا وَلا كَثِيرًا وَلا يَعْقِلُ الرَّجُلَ مِنَ المَرْأَةِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ،

إلى قوله: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وإنَّما قال بشبهة البدلية دون حقيقة البدلية؛ لأن استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهنَّ يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال، بخلاف سائر الأبدال، ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم.

قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ، أي: السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الأشربة المحرمة، فإن في شرب الخمر لا يتوقف وجوبُ الحد إلى وجود السكر وقد ذكرناه.

ثم قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ، إلى قوله: قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، إنما خص المصنف رحمه الله اختياره بأن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الذي ذكره من قوله: وَالسَّكْرَانُ الَّذِي يُحَدُّ، إلى هذا لفظ «الجامع الصغير» من غير ذكر الخلاف، فتبيَّن المصنف رحمه الله بهذا أن هذا قول أبي حنيفة لا قول الكل، إلى هذا أشار أبو اليُسر رحمه الله في «الجامع الصغير».

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: قال أبو حنيفة رحمه الله: السكران هو الذي لا يعقل منطقاً لا قليلًا ولا كثيرًا، ولا يعقل الرجال من النساء، ولا الأرض من السماء، ولا الفرو من القباء، وعندهما أن يهذي ويتخلط كلامه ويتمايل في مشيته.

وعن ابن الوليد قال: سألتُ أبا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال: أن يُستقرأ قل يا أيها الكافرون ولا يقدر عليه، فقلتُ له: كيف عيَّنتَ هذه السورة وربَّما أخطأ فيه الصاحي؟ قال: لأن تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قرائتها.

وحُكي أن أئمَّة بلخ رحمهم الله اتفقوا على استقراء هذه السورة، ثم إن بعض الشرط أتى بسكران أميرَ بلخ، فأمر الأميرُ له أن يقرأ هذه السورة، فقال له السكران: اقرأ أنتَ سورة

وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ) لِأَنَّهُ هُوَ السَّكْرَانُ فِي العُرْفِ، وَإِلَيْهِ مَالَ أَكْثَرُ المَشَايِخِ رَحِمَهُمُ اللهُ، وَلَهُ أَنَّهُ يُؤْخَذُ فِي أَسْبَابِ الحُدُودِ بِأَقْصَاهَا دَرْءًا لِلْحَدِّ، وَنِهَايَةُ السُّكْرِ أَنْ يَغْلِبَ السُّرُورُ عَلَى العَقْلِ فَيَسْلُبُهُ التَّمْيِيزَ بَيْنَ شَيْءٍ وَشَيْءٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَعْرَى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ، وَالمُعْتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسْكِرُ فِي حَقِّ الحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ بِالإِجْمَاعِ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاطِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ يَعْتَبِرُ ظُهُورَ أَثَرِهِ فِي مِشْيَتِهِ

الفاتحة أوَّلًا، فلمَّا قال الأميرُ: الحمد لله، قال له السكران: قِفْ فقد أخطأتَ من وجهين: أحدهما: أنك تركت التعوُّذ عند افتتاح القراءة، والثاني: أنك تركتَ التسمية وهي آية من أول الفاتحة عند بعض الأئمَّة والقرَّاء، فخجل الأمير وجعل يضربُ الشرطي ويقول: أمرتك بأن تأتيني بسكران فأتيتني بمقرئ بَلْخ.

قوله: وَقَالَا: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ، أي: يكون غالب كلامه الهذيان، فإن كان نصف كلامه مستقيمًا فليس بسكران.

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ السَّكْرَانُ فِي العُرْفِ؛ لأن من اختلط كلامه بالشرب يُعدُّ سكرانًا في الناس، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، وذكر في أشربة «المبسوط»: وأكثر مشايخنا على قولهما.

قوله: وَمَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَعْرَى عَنْ شُبْهَةِ الصَّحْوِ، يعني: أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور، فلا يكون ذلك نهاية السكر، وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات، ولهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عنده السكران المعتبر اختلاط الكلام؛ لأن اعتبار النهاية فيما يندرئُ بالشبهات، والحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط، كذا في أشربة «المبسوط».

قوله: وَالمُعْتَبَرُ فِي القَدَحِ المُسْكِرُ فِي حَقِّ الحُرْمَةِ مَا قَالَاهُ، وهو قوله: هُوَ الَّذِي يَهْذِي وَيَخْتَلِطُ كَلَامُهُ.

قوله: أَخْذًا بِالِاحْتِيَاطِ؛ لأنه لمَّا اعتقد حرمة القدح الذي يلزم منه الهذيان واختلاط

وَحَرَكَاتِهِ وَأَطْرَافِهِ وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ فَلَا مَعْنَى لِاعْتِبَارِهِ.

(وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ) لِزِيَادَةِ احْتِمَالِ الكَذِبِ فِي إِقْرَارِهِ فَيَحْتَالُ لِدَرْئِهِ لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ اللهِ تَعَالَى، بِخِلَافِ حَدِّ القَذْفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ وَالسَّكْرَانُ

الكلام يمتنع عنه، فلمَّا امتنع عنه وهو الأدنى في حد السكران كان ممتنعًا عن الأعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة رحمه الله في حده.

قوله: وَهَذَا مِمَّا يَتَفَاوَتُ، أي: ظهور الأثر في المشية ممَّا يختلف، فإن السكران رُبَّما لا يتمايل في مشيته، والصَّاحي رُبما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التمايل منه، فلم ينتهض ظهور الأثر في المشي دليلًا على السكر.

قوله: وَلَا يُحَدُّ السَّكْرَانُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ، أي: في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا، وشرب الخمر، والسرقة، فأمَّا في الحد الذي فيه حق العبد كحد القذف فإنه يحد بإقراره وإن كان إقراره في حال سكره.

وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله: ويؤخذ بإقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق، والحدود الواجبة للعباد كحد القذف، عُرف ذلك بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنهم قالوا: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفترين ثمانون، فهذا إجماعٌ منهم على وجوب حدِّ القذف، فإذا وجب عليه حد القذف حقًّا للعبد، فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره.

وذكر في «الذخيرة»: وهذا في الإقرار، وأمَّا إذا زنا أو سرق حال سكره يحد به، بخلاف الإقرار بهما في حال السكر حيث لا يحد؛ لأن الإقرار محتمل والإنشاء لا.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة؛ لأنه إذا صحى ورجع بطل إقراره ولكن يضمن المسروق، بخلاف حدِّ القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره؛ لأنه لا فائدة في التأخير؛ لأنه لا يملك الرجوع؛ لأنهما من حقوق العباد فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق كما في سائر تصرفاته من الإقرار بالمال

فِيهِ كَالصَّاحِي عُقُوبَةً عَلَيْهِ كَمَا فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَلَوِ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لا تَبِينُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ لِأَنَّ الكُفْرَ مِنْ بَابِ الِاعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ

والطلاق والعتاق.

قوله: وَلَوِ ارْتَدَّ السَّكْرَانُ لا تَبِينُ مِنْهُ امْرَأَتُهُ لِأَنَّ الكُفْرَ مِنْ بَابِ الِاعْتِقَادِ فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعَ السُّكْرِ، فإن قلتَ: هاهنا شبهتان:

إحداهما: هي كما أن الكفر من باب الاعتقاد فكذلك الإسلام أيضًا من باب الاعتقاد، فيصح الإسلام من الكافر حالة السكر فيجب أن يتحقق كفره في حالة السكر أيضًا.

والثانية: أن مثل هذا الارتداد وهو إجراء كلمة الكفر على لسانه طوعـًا غير متوقف مره في الكفر إلى تبدل الاعتقاد، بل يرتد بمجرَّد إجراء كلمة الكفر وإن لم يتبدل اعتقاده كما في الصاحي، فلِمَ توقف كفره هاهنا إلى تبدل الاعتقاد؟

قلتُ: نعم كذلك إلا أن السكران مع سكره هو غير خال عن نوع تمييز له بدليل توجه الخطاب عليه، وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته؛ لما أن السكر يخلط عقله ولا يفنيه، ولمَّا كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر في صحة إسلامه دون كفره؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعلى كما في ارتداد المكرَه وإسلامه حيث يصح إسلامه لا كفره.

وأصل هذا ما ذكره في «التيسير» وغيره في قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ﴾ [النساء: ٤٣] الآية، وقال: فيه دليل على أن ردة السكران ليست بردَّة؛ لما أن نزولها كان في شأن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، فإنه صنع طعامًا فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرًا وكان ذلك قبل تحريمها، فأمَّهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون يطرح اللآت مع أن اعتقادها كفر، ولم يكن كفرًا ذلك من ذلك القاري، علم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر.

وأمَّا الجواب عن الثاني فإن لفظ الكفر من الصاحي إنَّما كان كفرًا لوجود دليل الاستحقاق منه في الدين لثبات عقله، وأمَّا في حق السكران فليس باستحقاق منه فيه لاختلاط

وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ تَكُوْنُ رِدَّةً، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

عقله فلم يكن كفرًا، وهذا الذي ذكره في الكتاب هو جواب الاستحسان، وأمّا جواب القياس فإنه تبيّن امرأته، كذا ذكر القياس والاستحسان في سير «المبسوط»، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ حَدِّ القَذْفِ)

باب حد القذف

يحتاج هاهنا إلى تفسير القذف الموجب للحد، وإلى بيان شرائطه، وإلى بيان أحكامه.

أمَّا تفسير القذف الموجب للحد فنوعان:

أحدهما: أن يقذفه بصريح الزنا الخالي عن الشبهة التي لو أقام عليه أربعة من الشهود أو أقرَّ به المقذوف يلزمه حد الزنا، فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة ينعقد سببًا لوجوب حد القذف.

والثانِي: أن ينفي نسب إنسان من أبيه المعروف.

وأمَّا شرائطه فنوعان: أحدهما: شرط وجوب الحد على القاذف، والثانِي: شرط ظهور حد القذف عند القاضي.

أمَّا شرط وجوب الحد فأن يكون المقذوف محصنًا، وشرائط إحصان حد القذف خمسة: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا، وأمَّا شرط ظهور حد القذف عند القاضي بالبينة أو بالإقرار فهو خصومة المقذوف ومطالبته بموجب القذف.

وأمَّا أحكامه فإن المقذوف إذا رفع الأمر إلى القاضي والقذف صريح فلا يخلو: إمَّا أن ينكر القاذف أو يقر، فإن أنكر وطلب المقذوف من القاضي أن يؤجله حتى يقيم البينة وادعى أن له بينة حاضرة في المصر، فإنه يؤجله إلى أن يقوم من المجلس ويحبس المدعى عليه القذف، فإن أقامها إلى آخر المجلس وإلا خلى سبيله ولا يأخذ منه كفيلًا بنفسه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، فإن أقام شاهدًا واحدًا عدلًا فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر، وإن

(وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا أَوِ امْرَأَةً مُحْصَنَةً بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَ الْمَقْذُوفُ بِالحَدِّ حَدَّهُ الحَاكِمُ ثَمَانِينَ سَوْطًا إِنْ كَانَ حُرًّا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ

أقام شاهدًا غير عدل يؤجله إلى آخر المجلس، كذا في «التُّحفة».

وذكر في «المبسوط»: وإذا ادعى القاذف أن له بينة على تحقيق فعله أجل ما بينه وبين قيام القاضي من مجلسه، وعن أبي يوسف رحمه الله قال: يمهل إلى المجلس الثاني ليحضر شهوده، وجه ظاهر الرواية أن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الإقامة؛ لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه، ولكن إلى آخر المجلس لا يكون تأخيرًا فلا يتضرر بذلك القدر، ألا ترى أنه يؤخر إلى أن يحضر الجلاد، فلهذا جوَّزنا أن يمهله إلى آخر المجلس من غير أن يطلق عنه ولكن يقول له: ابعث إلى شهودك، ولا تقبل منه أقل من أربعة شهود؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، فإن جاء بهم فشهدوا على المقذوف بزنا متقادم درأت الحد عن القاذف استحسانـًا، والقياس أن الشهادة على الزنا بعد التقادم لا تكون مقبولة، فوجودها كعدمها إلا أنه استحسن فقال: إنَّما لا تقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة، وذلك معتبر في منع وجوب الحد على المشهود عليه لا في وجوب الحدِّ على القاذف، كما لو أقام أربعةً من الفُسَّاق على صدق مقالته، وإن جاء بثلاثة فشهدوا عليه بالزنا وقال القاذف: أنا رابعهم لم يلتفت إلى كلامه ويقام عليه وعلى الثلاثة الحد؛ لأنه خصم ملتزم للحد فلا يكون شاهدًا، وبالثلاثة لا تتم الحجة فكانوا قذفة يحدون جميعًا.

قوله: إِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ رَجُلًا مُحْصَنًا ... بِصَرِيحِ الزِّنَا، وَطَالَبَ المَقْذُوفُ بِالحَدِّ حَدَّهُ الحَاكِمُ، فإن قلتَ: في هذا وجوه من الشُّبَه:

أحدها: ذكر صريح الزنا فإن القذف يتحقق بدون ذكر صريح الزنا بأن نفى نسب غيره بأن قال: لست لأبيك، على ما ذكرتُ من تقسيم صاحب «التحفة»، وكذلك في الكتاب على ما يجيء، فلا يكون في تقييده بصريح الزنا فائدةً.

والثاني: **قوله: فَطَالَبَ المَقْذُوفُ بِالحَدِّ**، وليس مطالبة المقذوف نفسه بشرط، بل إذا

يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] إِلَى أَنْ قَالَ ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] الآيَةَ، وَالمُرَادُ الرَّمْيُ بِالزِّنَا بِالإِجْمَاعِ، وَفِي النَّصِّ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ اشْتِرَاطُ أَرْبَعَةٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ إِذْ هُوَ مُخْتَصٌّ بِالزِّنَا، وَيُشْتَرَطُ مُطَالَبَةُ المَقْذُوفِ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّهُ مِنْ حَيْثُ دَفْعُ العَارِ وَإِحْصَانُ المَقْذُوفِ لِمَا تَلَوْنَا.

طالبَ به غير المقذوف وهو الذي يقع القدح في نفسه كالابن حده الحاكم أيضًا.

والثالث: ينبغي أن لا يشترط مطالبة أحد أصلًا؛ لأن المغلّب فيه عندنا حقُّ الله تعالى فكان حق العبد فيه مغلوبًا، والمغلوب في مقابلة الغالب كالمعدوم، فحينئذٍ كان هو بمنزلة محض حق الله تعالى وفيه لا يشترط مطالبة أحد، فكذا هنا.

والرابع: أنه قد يتحقق قذف الرجل المحصن أو المرأة المحصنة ولا يجب حد القذف، كما إذا قذف الأخرسَ المحصنَ، والمجبوب المحصن، والرتقاء المحصنة، والرواية في «المبسوط»: فعلى هذا لا يكون في إطلاقه فائدةً.

قلتُ: أمَّا الأول فإنه إنما احترز بذلك عمَّن قذفه بالزنا بطريق الكناية بأن قال الرجل للرجل: يا زانِي، فقال الآخر: صدقتَ، لم يحد المصدِّق؛ لأنه ما صرح بنسبته إلى الزنا، وتصديقه إيَّاه لفظ محتمل يجوز أن يكون المرادُ به في الزنا وفي غيره، كذا في «المبسوط»، فكان ذكر صريح الزنا شرطًا في وجوب حد القذف، وأمَّا إذا قال لغيره: لستَ لأبيك، فهو إثبات زنا أمه بطريق الاقتضاء على ما يجيء، والمقتضى إذا ثبت ثبت ما كان من ضروراته، وليس لقذفه بالزنا هاهنا بطريق الاقتضاء حكم سوى حد القذف فيجبُ؛ إذ الثابت بطريق الاقتضاء كالثابت بطريق العبارة في إيجاب الحكم قطعًا.

وأمَّا الثانِي: فإن الذي يقع القدح في نسبه هو المقذوف معنًى؛ لأنه قائم مقامه فأخذ حكمه، ألا ترى أنه إنما يكون له حق المطالبة إذا كان المقذوف ميتًا، لا ما إذا كان حيًّا غائبًا أو حاضرًا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه.

وأمَّا الثالث: فإن حق العبد وإن كان مغلوبًا فيه يصلح أن يشترط مطالبته احتيالًا لدرءِ الحد.

قَالَ: (وَيُفَرَّقُ عَلَى أَعْضَائِهِ) لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا (وَلا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيَابِهِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ فَلَا يُقَامُ عَلَى الشِّدَّةِ، بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا (غَيْرَ أَنَّهُ يُنْزَعُ عَنْهُ الفَرْوُ وَالحَشْوُ) لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ إِيصَالَ الأَلَمِ بِهِ (وَإِنْ كَانَ القَاذِفُ عَبْدًا جُلِدَ أَرْبَعِينَ سَوْطًا) لِمَكَانِ الرِّقِّ (وَالإِحْصَانُ أَنْ يَكُونَ المَقْذُوفُ حُرًّا عَاقِلًا بَالِغًا مُسْلِمًا عَفِيفًا عَنْ فِعْلِ الزِّنَا) أَمَّا الحُرِّيَّةُ فَلِأَنَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِ اسْمُ الإِحْصَانِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى المُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] أَيِ الحَرَائِرِ، وَالعَقْلُ وَالبُلُوغُ لِأَنَّ العَارَ لا يَلْحَقُ بِالصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا.

وأَمَّا الرابع: فإنما لا يحد قاذف الأخرس؛ لأنه لو كان ينطق رُبما يصدق القاذف، فلا يقام الحد مع الشبهة، وأمَّا المجبوب والرتقاء فلأنَّه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا؛ لأن الزنا منهما لا يتحقق.

قوله: لِمَا مَرَّ فِي حَدِّ الزِّنَا، وهو قوله: لِأَنَّ الجَمْعَ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ قَدْ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ.

قوله: لِأَنَّ سَبَبَهُ غَيْرُ مَقْطُوعٍ بِهِ؛ لأنه يحتمل أن يكون القاذف صادقًا في نسبته إلى الزنا وإن كان عاجزًا عن إقامة البينة؛ لأن إقامة البينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل.

قوله: بِخِلَافِ حَدِّ الزِّنَا، حيث يجرد من ثيابه؛ لأن سببه معاينٌ بالبينة أو بالإقرار، وهاهنا بعد ثبوت القذف بالبينة أو بالإقرار تتوقف إقامة الحد على الشدَّة فيه إلى معنى آخر، وهو كذبه في النسبة إلى الزنا وهو غير متقين به.

قوله: لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا، فإن قلتَ: لو لم يتحقق فعل الزنا من المجنون لوجب حد القذف على من قذف المجنون الذي زنى حال جنونه حيث لا يجبُ حد القذف وإن كان قذفه بعد الإفاقة، ذكره في «المبسوط».

قلتُ: معنى قوله: لِعَدَمِ تَحَقُّقِ فِعْلِ الزِّنَا مِنْهُمَا، أي: الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب

وَالإِسْلَامُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ» وَالعِفَّةُ لِأَنَّ غَيْرَ العَفِيفِ لا يَلْحَقُهُ العَارُ، وَكَذَا القَاذِفُ صَادِقٌ فِيهِ (وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتَ لِأَبِيكَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ) وَهَذَا إِذَا كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً مُسْلِمَةً، لِأَنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ قَذْفٌ لِأُمِّهِ لِأَنَّ النَّسَبَ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لا عَنْ غَيْرِهِ.

الحد عليه لم يوجد منهما، وأمَّا الوطء الذي هو غير مملوك فلا يتحقق منهما، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً في قذفه فلا يجب الحد لا على القاذف ولا على المقذوف، كمن قذف رجلًا وطئ بشبهة أو وطئ جاريته المشتركة بينه وبين غيره.

قوله: لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»، فالله تعالى أوجب حد القذف على من قذف المحصنة بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الآية، فلمَّا لم يكن المشرك محصنًا لم يجب حد القذف على القاذف؛ لما أن ذكر المحصنات وقع في موضع العقوبة، وفي موضع الحاجة إلى البيان، فكان ذكره بالإحصان دالًّا على أن الحكم في غير المحصن بخلافه.

قوله: وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيْرِهِ فَقَالَ لَسْتَ لِأَبِيكَ فَإِنَّهُ يُحَدُّ؛ لأنه في الحقيقة قذف لأمه بالزنا، قيل: يشترط الغضب في هذه المسألة في وجوب الحد كما في المسألة التي بُعَيْد هذه.

فإن قلتَ: ينبغي أن لا يجب الحد هاهنا وإن قذفه في حالة الغضب؛ لأنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية من كل وجهٍ بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطئ.

قلتُ: هذا الذي ذكرته هو وجه القياس في هذه المسألة، فوجوب الحد هاهنا بطريق الاستحسان بالأثر لا بطريق القياس.

وذكر في «المبسوط»: ولكنَّا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: لا حدَّ إلا في قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه؛ ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان، وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرفنا أنه

(وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ لِأَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ يُحَدُّ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ غَضَبٍ لا يُحَدُّ) لِأَنَّ عِنْدَ الغَضَبِ يُرَادُ بِهِ حَقِيقَتُهُ سَبًّا لَهُ، وَفِي غَيْرِهِ يُرَادُ بِهِ المُعَاتَبَةُ بِنَفْيِ مُشَابَهَتِهِ أَبَاهُ فِي أَسْبَابِ المُرُوءَةِ (وَلَوْ قَالَ لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ يَعْنِي جَدَّهُ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ صَادِقٌ فِي كَلَامِهِ، وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَى جَدِّهِ لا يُحَدُّ أَيْضًا لِأَنَّهُ قَدْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ مَجَازًا.

بهذا اللفظ قاذفٌ لأمه، وإلى هذا المعنى أشار في الكتاب **بقوله:** لِأَنَّ النَّسَبَ إِنَّمَا يُنْفَى عَنِ الزَّانِي لا عَنْ غَيْرِهِ، فإن غير الزانِي عامٌّ جاز أن يكون زوج أمه، أو من وطئ أمه بشبهة فولدته أمه في عدته كما ذكرنا، فيثبت منهما النسب، ولمَّا نفى القاذف نسبَه مطلقاً علم أن مرادَ القاذف ليس غير الزانِي بل مراده الزانِي؛ لأن الزانِي لا نسب له أصلًا ولكن هو غير معين، فلا يحد بسببه ولكن يحد بسبب أمه؛ لأنه لمَّا كان ذلك الرجل الذي نفى عنه النسب زانيًا كانت أمه زانيةً لا محالة، فيجب الحد بسببهما إذا كانت محصنةً.

قوله: وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ فِي غَضَبٍ لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ لِأَبِيهِ الَّذِي يُدْعَى لَهُ يُحَدُّ، وكذلك لو قال: إنك ابن فلان لغير أبيه فعليه الحد، إذا كان هذا اللفظ في حالة المشاتمة؛ لأن مقصوده نفي نسبته من أبيه، ونسبة أمه إلى الزنا، ولكن في حالة الرضا لا يجب الحد عليه؛ لأن مراده من هذا اللفظ في حالة الرضا أن أخلاقك تشبه أخلاق فلان، فكأنك ابنه وهذا لا يكون قذفاً، كذا في «المبسوط».

فإن قلتَ: ما الفرق بين **قوله:** لَسْتَ بِابْنِ فُلَانٍ، في حالة الغضب لأبيه الذي يُدعى له فهو قذفٌ، وبين قوله في حالة الغضب أو في غير حالة الغضب: لستَ بابن فلان ولا ابن فلانة، وهي أمه التي يُدعى لها حيث لا تكون قذفًا، فكلما ازداد القذف بهذا اللفظ سقط الحدُّ، فما وجهه؟

قلتُ: الفرق فيه هو أنه لمَّا قال: ولا لفلانة، فقد نفاه عن أمِّه، وإنما ينتفي عن أمِّه إذا لم تلده أمُّه فكان هذا منه نفيًا لولادة الأم، ونفي الولادة نفي للوطء، وفي نفي الوطء نفي الزنا، بخلاف ما إذا لم يقل: ولا ابن فلانة؛ لأن هناك لم ينفه عن الأم، إنما نفاه عن الوالد وولادة الولد ثابتة من أمِّه، فصار كأنه قال له: أنت ولد الزنا، كذا في «الذخيرة».

(وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ وَأُمُّهُ مَيِّتَةٌ مُحْصَنَةٌ فَطَالَبَ الِابْنُ بِحَدِّهِ حُدَّ الْقَاذِفُ) لِأَنَّهُ قَذَفَ مُحْصَنَةً بَعْدَ مَوْتِهَا (وَلَا يُطَالِبُ بِحَدِّ الْقَذْفِ لِلْمَيِّتِ إلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ فِي نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ) لِأَنَّ الْعَارَ يَلْتَحِقُ بِهِ لِمَكَانِ الْجُزْئِيَّةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَثْبُتُ حَقُّ الْمُطَالَبَةِ لِكُلِّ وَارِثٍ لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ يُورَثُ عِنْدَهُ عَلَى مَا نُبَيِّنُ، وَعِنْدَنَا وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ لَيْسَتْ بِطَرِيقِ الْإِرْثِ بَلْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ،

قوله: وَلَوْ قَالَ لَهُ يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ، إلى آخره، ونُقل عن خط الإمام ظهير الدين رحمه الله: وسُئل والدي عمَّن قال لآخر: (أى حرام زاده) لا يحد، وكذا إذا قال ذلك لابنه.

قوله: وَهُوَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ، قال الفقيه أبو الليث: يعني: الوالد والجد وإن علا، والولد وولد الولد وإن سفل، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الْعَارَ يَلْتَحِقُ بِهِ لِمَكَانِ الْجُزْئِيَّةِ فَيَكُونُ الْقَذْفُ مُتَنَاوِلًا لَهُ مَعْنًى، فإن قلتَ: فلو كان المُعوَّل في التعليل تعليل الجزئية وتناول القذف له معنًى، لما اختلف الحكم بين أن يكون المقذوفُ ميتًا أو حيًّا غائبًا في مطالبة الحد لمن له القدح في نسبه كالولد والوالد؛ لأن الجزئية ووقوع القدح في نسبه ثابت أيضًا عند حياة المقذوف، وذكر في «المبسوط»: وإن كان المقذوف حيًّا غائبًا ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحدِّه عندنا، خلافًا لابن أبي ليلى.

قلتُ: هذا التعليل معوَّل عليه، ولكن أثره إنما يظهر عند وقوع اليأس عن مخاصمة المقذوف؛ لأن المقذوف في الخصومة أصل باعتبار تناول القذف غرضه مقصودًا، فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر الخصومة باعتبار الشين، وفي الغائب لم يقع اليأس فلا يعتبر خصومة غيره، وفي الميت الخصومة مأيوس عنها فيقام الحد بخصومة من يلحقه الشين، فإن ماتَ هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذه وليه أيضًا عندنا، خلافًا للشافعي؛ لأنه لا يجري الإرث فيما هو من حق الله تعالى.

قوله: لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو لحوق العار الذي ذكره **بقوله**: لِأَنَّ الْعَارَ يَلْتَحِقُ بِهِ.

وَلِهَذَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا لِلْمَحْرُومِ عَنِ المِيرَاثِ بِالقَتْلِ، وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ البِنْتِ كَمَا يَثْبُتُ لِوَلَدِ الِابْنِ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ خِلَافًا لِزُفَرَ.

(وَإِذَا كَانَ المَقْذُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لِابْنِهِ الكَافِرِ وَالعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالحَدِّ) خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ: القَذْفُ يَتَنَاوَلُهُ مَعْنًى لِرُجُوعِ العَارِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ طَرِيقُهُ الإِرْثَ

قوله: وَلِهَذَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا، أي: يثبت حق مطالبة حد القذف للمحروم عن الميراث بالقتل، وكذلك يثبت للولد الكافر والعبد أيضًا على ما ذكر بعد هذا.

قوله: كَمَا يَثْبُتُ لِوَلَدِ الِابْنِ - أي: بالاتفاق - خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ، فإنه رُوي عن محمد رحمه الله بأنه لا يثبت حق المطالبة لولد الابن؛ لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنى أبي أمه، وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين، ولو قذف أمه كان له أن يخاصم باعتبار نسبته إليها ليندفع به العار عن نفسه، فكذلك إذا أقذف أبا أمه.

قوله: وَيَثْبُتُ لِوَلَدِ الوَلَدِ حَالَ قِيَامِ الوَلَدِ خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، فإن عند زفر عند بقاء الولد ليس لولد الولد أن يخاصم؛ لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد، فصار ولولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف، واعتبر هذا بطلب الكفاءة فإنه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب.

ولكنا نقول: حق الخصومة له باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد، فأيهما خاصم يقام الحد بخصومته، بخلاف المقذوف، فإن حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودًا وذلك لا يوجد في حق ولده، كذا في «المبسوط».

بخلاف الكفاءة فإن طلب الكفاءة إنما يثبت للأقرب بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الإنكاحُ إلى العصبات»، وفي الحكم المرتب على العصوبة يتقدم الأقربُ على الأبعد.

قوله: وَإِذَا كَانَ المَقْذُوفُ مُحْصَنًا جَازَ لِابْنِهِ الكَافِرِ وَالعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ بِالحَدِّ، هذا إذا كان المقذوف ميتًا؛ لما بينا أنه ليس لغير المقذوف مطالبة حد القذف حال حياة المقذوف،

عِنْدَنَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى، وَلَنَا أَنَّهُ عَيَّرَهُ بِقَذْفِ مُحْصَنٍ فَيَأْخُذُهُ بِالحَدِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الإِحْصَانَ فِي الَّذِي يُنْسَبُ إِلَى الزِّنَا شَرْطٌ لِيَقَعَ تَعْيِيرًا عَلَى الكَمَالِ ثُمَّ يَرْجِعُ هَذَا التَّعْيِيرُ الكَامِلُ إِلَى وَلَدِهِ، وَالكُفْرُ لا يُنَافِي أَهْلِيَّةَ الِاسْتِحْقَاقِ، بِخِلَافِ إِذَا تَنَاوَلَ القَذْفُ نَفْسَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ التَّعْيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فِي المَنْسُوبِ إِلَى الزِّنَا.

وبه صرَّح أيضًا في «الإيضاح».

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ مُتَنَاوِلًا لَهُ صُورَةً وَمَعْنًى، ولو كان القذف متناولًا له صورةً ومعنًى بأن قذفه قاذف ابتداءً كان لا يجب الحد على القاذف لعدم إحصان المقذوف، فكذا إذا تناوله القذفُ اعتبارًا.

وتحريره: أن وجوب حد القذف على القاذف في هذه الصورة لا يخلو: إما أن كان لقذف القاذف أمه، أو نفس هذا الابن الكافر، لا جائز أن يكون لأجل أمه؛ لأن الحدَّ لا يورَث، ولا جائز لأجل نفسه؛ لأنه ليس بمحصن فلا يجب الحد.

وإنا نقول: لمَّا قام الابن مقام أمه في حق المطالبة بسبب لحوق العار إلى الابن اعتبر في الفرع صفة الأصل؛ لأن الشيء إذا قام مقام غيره إنما يعمل بعلة الأصل، ألا ترى أن التُّراب لمَّا قام مقام الماء نُظِر إلى كون الماء مطهرًا وسقط وصفُ التراب، فكذلك هاهنا.

وذكر في «المبسوط»: أن الحدَّ وجب لحق الله تعالى، وخصومة الولد باعتبار الشين الذي لحقه، وذلك موجود في حق الولد الكافر والمملوك؛ لأن النسبة لا تنقطع بالرقِّ والكفر، وإنَّما تنعدم الخلافة إرثـًا بالكفر والرقِّ فيما هو من حق الميت، وحد القذف ليس من ذلك في شيءٍ، وهذا بخلاف ما إذا قذف في نفسه؛ لأن الموجب للحد قذف المحصن؛ إذ الميت محصن، فكل من يلحقه الشين بِهذا القذف فهو خصم في المطالبة بالحد بعد تقرر سببه.

قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ التَّعْيِيرُ عَلَى الكَمَالِ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فِي المَنْسُوبِ إِلَى الزِّنَا؛ لأن الموجبَ للحدِّ قذفُ المحصن، والعبد أو الكافر ليس بمحصنٍ.

(وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أَنْ يُطَالِبَ مَوْلَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ، وَلا لِلابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الحُرَّةِ المُسْلِمَةِ) لِأَنَّ المَوْلَى لا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ، وَكَذَا الأَبُ بِسَبَبِ ابْنِهِ، وَلِهَذَا لا يُقَادُ الوَالِدُ بِوَلَدِهِ وَلا السَّيِّدُ بِعَبْدِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ لِتَحَقُّقِ السَّبَبِ وَانْعِدَامِ المَانِعِ.

قوله: وَلا لِلابْنِ أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ، أو جدَّه وإن علا، ولا أُمَّه ولا جدته، كذا في «الإيضاح»؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقاد الوالد لولده ولا السيد لعبده»، فلمَّا لم يجب القصاص والمغلّب فيه حق العبد وسببه متيقن به، فلأن لا يجب الحد الذي كان المُغلّب فيه حق الله تعالى وسببه وهو القذف غير متيقن بكذبه، بل يحتمل أن يكون صادقًا، أوْلَى أن لا يجب.

قوله: لِأَنَّ المَوْلَى لا يُعَاقَبُ بِسَبَبِ عَبْدِهِ؛ لأن حق العبد حق المولى، فلو وجبَ على المولى بسبب عبده كان واجبًا عليه بسبب حق نفسه.

قوله: وَلَوْ كَانَ لَهَا ابْنٌ مِنْ غَيْرِهِ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ، حتى أن الرجل لو قال لابنه: يا ابنَ الزانية، وأمه ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلبُ الحد يضرب القاذف الحد؛ لأنه قذف الأم وهي محصنة، ولكل واحدٍ من الولدين حق الخصومة في الحد لنسبته إليها، إلا أن أحدهما ابن القاذف والابن لا يخاصم أباه في إقامة العقوبة عليه، يبقى للآخر ولاية المطالبة بالحد، وكذلك إن كانت للميت المقذوف ابنان فصدَّق أحدهما كان للآخر أن يأخذه بالحد.

وذكر في «شرح الطحاوي»: وإن عفا بعضهم فللباقين أن يخاصموا؛ لأن النقيصة تلحق بهم.

فإن قلتَ: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا قُتلت امرأة ولها ابنان فعُفي أحدهما، أو كان أحد الابنين لها من القاتل حيث لا يكون للآخر استيفاء القصاص، وهنا يبقى للآخر استيفاء الحد.

قلتُ: نشأ هذا الفرق من جريان الإرث وعدم جريانه، فإن القصاص حق العبد فكان ميراثًا بين الاثنين فسقطَ نصيب أحدهما، إمَّا بالإسقاط أو لمعنى الأبوة، ويتعذر على الآخر الاستيفاء؛ لأنه لا يحتمل التجزي، فأمَّا حد القذف فحق الله تعالى ولم يصر ميراثًا للاثنين،

(وَمَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَمَاتَ المَقْذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لا يَبْطُلُ (وَلَوْ مَاتَ بَعْدَمَا أُقِيمَ بَعْضُ الحَدِّ بَطَلَ البَاقِي) عِنْدَنَا خِلَافًا لَهُ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يُورَثُ عِنْدَهُ وَعِنْدَنَا لا يُورَثُ، وَلا خِلافَ أَنَّ فِيهِ حَقَّ الشَّرْعِ وَحَقَّ العَبْدِ فَإِنَّهُ شُرِعَ لِدَفْعِ العَارِ عَنِ المَقْذُوفِ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ عَلَى الخُصُوصِ، فَمِنْ هَذَا الوَجْهِ حَقُّ العَبْدِ، ثُمَّ إِنَّهُ شُرِعَ زَاجِرًا وَمِنْهُ سُمِّيَ حَدًّا، وَالمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِ الزَّاجِرِ إِخْلَاءُ العَالَمِ عَنِ الفَسَادِ،

بل المعتبر الخصومة من كل واحدٍ منهما، وحق الخصومة ثابت لكل واحد منها بكماله، كذا في «المبسوط».

قوله: وَبِكُلٍّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الأَحْكَامُ، أمَّا الأحكام التي تدل على أنه حق العبد أنه يُستوفى بالبينة بعد تقادم العهد، ولا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار، وكذا لا يستوفى إلا بخصومته، وإنما يستوفى بخصومته ما هو حق، بخلاف السرقة فخصومته هناك بالمال دون الحد، حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال، ويقام هذا الحد على المستأمن، وإنَّما يؤاخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد، ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر، حتى أن رجلًا لو ثبتَ عليه بإقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقوءُ عين رجل فإنه يبدأ بالقصاص في العين؛ لأنه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء؛ لما يلحقه من الضرر بالتأخير؛ لأنه يخاف الفوت والله تعالى يتعالى عن ذلك، ثم إذا برئَ من ذلك أقام عليه حد القذف؛ لأنه مشوب بحق العباد، ولو كان محصناً اقتص منه في العين وضربه حد القذف؛ لما فيهما من حقوق العباد، ثم رجمه وترك ما سوى ذلك؛ لأن الحدود لحق الله تعالى متى اجتمعت، وفيها قتلٌ قُتِل وترك ما سوى ذلك، ويستوفيه القاضي بعلم نفسه وإن لم يشهد به غيره إذا علمه في حال القضاء.

وأمَّا الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى أن الاستيفاء إلى الإمام، والإمام إنما يتعيَّن نائبًا في استيفاء حق الله تعالى، وأمَّا ما كان حقًّا للعبد فاستيفاؤه إليه، وكذلك ينتصف هذا الحد بالرق، وإنما ينتصف بالرق لانعدام نعمة الحرية؛ لا لأن بدنه دون بدن الحر في احتمال

وَهَذَا آيَةُ حَقِّ الشَّرْعِ وَبِكُلِّ ذَلِكَ تَشْهَدُ الأَحْكَامُ، وَإِذَا تَعَارَضَتِ الجِهَتَانِ، فَالشَّافِعِيُّ مَالَ إِلَى تَغْلِيبِ حَقِّ العَبْدِ تَقْدِيمًا لِحَقِّ العَبْدِ بِاعْتِبَارِ حَاجَتِهِ وَغِنَى الشَّرْعِ، وَنَحْنُ صِرْنَا إِلَى تَغْلِيبِ حَقِّ الشَّرْعِ لِأَنَّ مَا لِلْعَبْدِ مِنَ الحَقِّ يَتَوَلَّاهُ مَوْلَاهُ فَيَصِيرُ حَقُّ العَبْدِ مَرْعِيًّا بِهِ، وَلا كَذَلِكَ عَكْسُهُ لِأَنَّهُ لا وِلايَةَ لِلْعَبْدِ فِي اسْتِيفَاءِ حُقُوقِ الشَّرْعِ إِلَّا نِيَابَةً عَنْهُ، وَهَذَا هُوَ الأَصْلُ المَشْهُورُ الَّذِي يَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ الفُرُوعُ المُخْتَلَفُ فِيهَا،

الضَّرب، وإنما يتكامل بتكامل النعم ما كان من حق الله تعالى؛ لأن شكر النعمة والتحرّز عن كفران النعمة حقٌّ للمنعم، والدليل عليه أن ما كان متممًا لهذا الحد وهو سقوط الشهادة كان حقًّا لله تعالى فكذلك أصل الحد، هكذا ذكر في «المبسوط» في مواضع متفرقة.

ولأنه لا يباح القذف بإباحة العبد، ولا يحلف القاذف فيه ولا ينقلب مالًا عند السقوط ولا يورث، فعلم بهذا الأحكام أنه حق الله تعالى، ثم لمَّا تعارضت الأحكام من الطرفين رجَّحنا نحن حق الله تعالى فيه فقلنا بتغليبه نظرًا إلى المقصود والاسم، فإن المقصود منه إخلاء العالَم عن الفساد، فكان فيه أمْر كليٌّ يرجع إلى حق العامة، فكان الغالب فيه حق الله تعالى، وكذلك اسم الحد يرجح جانب حق الله تعالى، بيان هذا ما ذكره في «الإيضاح» فقال: إن الحد إنما يجب لإعدام إشاعة الفاحشة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ﴾ [النور: ١٩]، والمراد به الحد، وإشاعة الفاحشة تحرم حقًّا لله تعالى، فإن الزنا محرم حقًّا لله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ﴾ [الأنعام: ١٥١]، وإظهار المحرم محرم فكان ما يؤدي إلى رفع الحرمة التي هي خالص حق الله تعالى حقًّا له أيضًا كما في حد الزنا.

أو نقول ما قاله في «المبسوط» فقال: إن هذا حد يعتبر فيه الإحصان، فيكون حقًّا لله تعالى كالرجم، وتأثير هذا الكلام أن الحدود زواجر، والزواجر مشروعة حقًّا لله تعالى، فأمَّا ما يكون حقًّا للعبد فهو في الأصل جائز، فما أوْجَب من العقوبات حقًّا للعبد أوْجَب باسم القصاص الذي يُنبئ عن المساواة ليكون إشارة إلى معنى الجبر، وما أوْجَب باسم الحد فهو

مِنْهَا الإِرْثُ، إِذِ الإِرْثُ يَجْرِي فِي حُقُوقِ العِبَادِ لا فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ، وَمِنْهَا العَفْوُ فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ عَفْوُ المَقْذُوفِ عِنْدَنَا وَيَصِحُّ عِنْدَهُ، وَمِنْهَا أَنَّهُ لا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَيَجْرِي فِيهِ التَّدَاخُلُ وَعِنْدَهُ لا يَجْرِي، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي العَفْوِ مِثْلُ قَوْلِ

حق الله تعالى، ولكن قد بيَّنا أن فيه معنى حق العبد أيضًا، فلذلك لا يعمل فيه الرجوع عن الإقرار؛ لأن الخصم مصدق له في الإقرار مكذبٌ له في الرجوع، بخلاف ما كان محض حق الله تعالى فإن هناك ليس من يكذبه.

وكذلك إنما لم يمنع التقادم لاشتراط خصومة العبد فيه؛ لما أن فيه حق العبد فلم يتمكن الشهود من أداء الشهادة قبل طلب المدعي، فلا يصيرون متهمين بالضغينة، وإذا ثبتَ هذا الأصل فنقول: بعفوه لا يسقط عندنا؛ لأنه إنما يمكن إسقاط ما يتمحض حقًّا له، وأمَّا حق الله تعالى فلا يملك إسقاطه، وإن كان للعبد فيه حق كالعدة فإنَّها لا تسقط بإسقاط الزوج لما فيها من حق الله تعالى، فلمَّا لم يسقط بعفوه لو عاد العافي فطلب يقيم الإمامُ الحدَّ؛ لأن عفوه كان لغوًا فكأنه لم يخاصم إلى الآن، ولو صدقه فيما قال أو قال شهودي شهدوا بالباطل ليسَ له أن يخاصم بعد ذلك؛ لأنه أكذب شهوده، ومن له أن يخاصم في شيءٍ إذا أكذب شهوده تبطل شهادتهم، كالمسروق منه إذا أكذب شهوده، وإذا صدَّقه فقد صار مقرًّا بالزنا وانعدم به إحصانه، وقذف غير المحصن لا يوجب الحد.

قوله: إِذِ الإِرْثُ يَجْرِي فِي حُقُوقِ العِبَادِ لا فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ، فإن قيل: فحق الله تعالى أيضًا لا يسقط بموت المقذوف؟

قلنا: لا نقول يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لانعدام شرطه، فالشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته.

فإن قيل: كان ينبغي أن يقوم الوارث مقامه في خصومته، أو وصيُّه إن أوصى بذلك إلى إنسان.

قلنا: شرط الحد معتبر بسببه، فكما أن ما يقوم مقام الغير لا يثبت به سببُ الحد فكذلك لا يثبت به شرط الحدِّ، بخلاف ما إذا قذف بعد الموت؛ لأنا لا نقول خصومة ولده يقوم مقام

الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ؛ وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الغَالِبَ حَقُّ العَبْدِ وَخَرَّجَ الأَحْكَامَ،

خصومته، وكيف يقال ذلك ولا يثبت له حق الخصومة بعد موته، ولكن الولد خصمٌ عن نفسه باعتبار ما لَحِقه من الشين، فأمَّا في حالة الحياة فلم يثبت للولد حق الخصومة، فلو ثبتَ بعد الموت كان ذلك بطريق القيام مقامه وذلك لا يكون في الحدود، كذا في «المبسوط».

قوله: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الغَالِبَ حَقُّ العَبْدِ، والمراد به صدر الإسلام أبو اليُسر رحمه الله، فإنه ذكر في «مبسوطه»: والصحيح أن المغلَّب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله؛ لأن أكثر الأحكام يدل عليه، والمعقول يشهد له؛ لما ذكرنا أن العبد منتفِعٌ به على الخصوص، وقد نصَّ محمد رحمه الله في «الأصل» أن حدَّ القذف حق العبد كالقصاص، إلا أنه فوِّض إقامته إلى الإمام؛ لأنه لا يهتدي كل أحد إلى إقامة الجلد.

قوله: وَخَرَّجَ الأَحْكَامَ، أي: أجاب أن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال في تفويض الإقامة إلى الإمام بما ذكرنا في «مبسوطه» بأن كل أحد لا يهتدي إلى إقامة الجلد، وذكر في «جامعه الصغير»: وإنما جُعل الإقامة إلى الإمام؛ لأن الضرب غير مقدَّر في نفسه، أي: بين شديد وخفيف، فلو جعل الإقامة إليه لزاد على ما هو المعهود، فيؤدي إلى التلف فجعل الإقامة إلى الإمام بطريق المصلحة، وقال فيه أيضًا: ثم إنه لا يورث عند أصحابنا مع أنه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط؛ لما أن الإرث إنما يجري في الأعيان، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «من ترك مالًا فهو لورثته»؛ وهذا لأن المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه، فلا بدَّ من أن يصرف إلى أقرب الناس إليه وهم ورثته، أما حدُّ القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين، بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب، والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى، ولهذا قلنا أن حق الشفعة لا يورث؛ لأنه ملك فعل وهو تملك الدار، وكذا خيار الشرط لا يورث؛ لأنه ملك فعل وهو حق الفسخ، بخلاف القصاص حيث يورث؛ لأنه في معنى ملك العين؛ لأنه يملك إتلاف العين، وملك الإتلاف ملك العين عند الناس، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا للإتلاف وهو الأكل، فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص، وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص.

وَالأَوَّلُ أَظْهَرُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِالقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ) لِأَنَّ لِلْمَقْذُوفِ فِيهِ حَقًّا فَيُكَذِّبُهُ فِي الرُّجُوعِ، بِخِلَافِ مَا هُوَ خَالِصُ حَقِّ اللهِ لِأَنَّهُ لا مُكَذِّبَ لَهُ فِيهِ (وَمَنْ قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نِبْطِيُّ لَمْ يُحَدَّ) لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّشْبِيهُ فِي الأَخْلَاقِ أَوْ عَدَمِ الفَصَاحَةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَسْتَ بِعَرَبِيٍّ لِمَا قُلْنَا. (وَمَنْ قَالَ لِرَجُلٍ يَا ابْنَ مَاءِ السَّمَاءِ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ)؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ

قوله: وَالأَوَّلُ - وهو أن الغالب فيه حق الله تعالى - أَظْهَرُ؛ لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى فيه؛ ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الأخذ بقول عامة العلماء أظهر في الصحة.

قوله: لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ، أي: بالإجماع بيننا وبين الشافعي رحمه الله.

النِّبطُ: جيل من الناس بسواد العراق، الواحد نِبْطِيٌّ، فهم ممن يذم بالنسبة إليهم.

وفي «المبسوط»: وقال ابن أبي ليلى: إذا قَالَ لِعَرَبِيٍّ يَا نِبْطِيُّ، أو قال: لستَ من بني فلان لقبيلته التي هو منها، فعليه الحد؛ لأنه نسبه إلى غير أبيه.

ولكنا نقول: لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقوم لآخر: أنت رستاقي أو خراساني أو كوفي، ولا يريد بشيء من ذلك القذف، ومذهبنا مرويٌّ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سُئل عن رجل قال لرجل من قريش: يَا نِبْطِيُّ، فقال: لا حدَّ عليه.

و: مَاءِ السَّمَاءِ، هو لقب أبي المُزَيِّقيَاء، والمُزَيِّقيَاء هو عَمرو بن عامر، فلُقِّب بالمُزَيِّقيَاء؛ لأنه كان يمزق كل يوم حلَّتين يلبسُهما، ويكره أن يعود فيهما ويأنف أن يلبسهما غيره، وأبوه عامر بن حارثة الأزدي كان يلقب بماء السماء؛ لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر، أي: عطاءً وجودًا، وأمَّا أم المنذر بن امرءِ القيس فكانت تسمَّى ماء السماء لجمالها وحُسنها، وقيل لولدها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق، قال زُهير بن جناب:

ولازَمْتُ المُلوكَ مِنَ آلِ نَصْرٍ، * وبعدَهُمُ بَنِي ماءِ السماءِ

كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

التَّشْبِيهُ فِي الجُودِ وَالسَّمَاحَةِ وَالصَّفَاءِ، لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ لِصَفَائِهِ وَسَخَائِهِ (وَإِنْ نَسَبَهُ إِلَى عَمِّهِ أَوْ خَالِهِ أَوْ إِلَى زَوْجِ أُمِّهِ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ هؤُلَاءِ يُسَمَّى أَبًا، أَمَّا الأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ، وَالثَّانِي لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الخَالُ أَبٌ»، وَالثَّالِثُ لِلتَّرْبِيَةِ. (وَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ زَنَأْتَ فِي الجَبَلِ وَقَالَ عَنَيْتُ صُعُودَ الجَبَلِ حُدَّ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُحَدُّ) لِأَنَّ المَهْمُوزَ مِنْهُ لِلصُّعُودِ حَقِيقَةٌ قَالَتِ امْرَأَةٌ مِنَ العَرَبِ:

وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ زَنَأً فِي الجَبَلِ

قوله: لِأَنَّ مَاءَ السَّمَاءِ لُقِّبَ بِهِ، أي: لأن عامر بن حارثة الأزدي لُقِّب بماء السماء على ما ذكرتُ.

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ﴾ الآية، وهذا الخطاب ليعقوب عليه السلام خاطبه بنوه، فأوّل الآية: ﴿أَمْ كُنتُمْ شُهَدَآءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ ٱلْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنۢ بَعْدِىۖ﴾ [البقرة: ١٣٣] الآية.

قوله: وَإِسْمَاعِيلُ كَانَ عَمًّا لَهُ، أي: عمًّا ليعقوب عليه السلام، فإن إسماعيل وإسحاق أبناء إبراهيم، ويعقوب بن إسحاق، فكان إسماعيل عليهم السلام عمًّا له وادخلوه في اسم الآباء، عُلم بهذا أن العمَّ قد يسمى أبًا.

قوله: وَالثَّالِثُ لِلتَّرْبِيَةِ، أي: يسمى زوج الأم أبـًا أيضًا كما يُسمَّى ابن المرأة من غيره ابنـًا له، قال الله تعالى في قصة نوح عليه السلام: ﴿إِنَّ ٱبْنِي مِنْ أَهْلِي﴾ [هود: ٤٥]، وقيل: كان ربيبـًا لنوح عليه السلام.

قوله: وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ، أوله:

وَذِكْرُ الجَبَلِ يُقَرِّرُهُ مُرَادًا، وَلَهُمَا أَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ فِي الفَاحِشَةِ مَهْمُوزًا أَيْضًا لِأَنَّ مِنَ العَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ المُلَيَّنَ كَمَا يُلَيِّنُ المَهْمُوزَ، وَحَالَةُ الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا بِمَنْزِلَةِ مَا إذَا قَالَ يَا زَانِي أَوْ قَالَ زَنَأْتَ، وَذِكْرُ الجَبَلِ إِنَّمَا يُعَيِّنُ الصُّعُودَ مُرَادًا إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةِ عَلَى إِذْ هُوَ لِلْمُسْتَعْمَلِ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ زَنَأْتَ عَلَى الجَبَلِ لَا يُحَدُّ لِمَا قُلْنَا،

أَشْبِـهْ أَبَا أُمِّـكَ أَو أَشبهْ جَمَلْ * وَلَا تَـكُـونَـنَّ كَـهِلَّـوْفٍ وَكَـلْ
يَصِيحُ فِي مَضْجَعِهِ قَدِ انْجَدَلْ * وارقَ إِلَى الْخيرَات زَنأً فِي الجَبَلْ

وجمل: بالجيم اسم رجل أبو حي من العرب، وهو جمل بن سعد، والهِلَّوْف: بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم، والكل: العيال، والإنجدال: السقوط.

قوله: لِأَنَّ مِنَ العَرَبِ مَنْ يَهْمِزُ المُلَيَّنَ، فمنهم العجاج فإنه كان يهمز العالَم والخاتَم، وقال شعر:

فخِنْدِفٌ[1] هامةُ هذا العالَمِ

وهمزَ الملَيَّن أيضًا من جدَّ في الهرب من التقاء الساكنين، يقال: دَأَبَّةٌ، وشَأَبَّة، وأيْأَضَ، وأدْهَأَم، وهمزوا في غير التقاء الساكنين أيضًا كما همزه العجَّاج، وكما همزه الشاعر في قوله:

يَا دَارَ مَيٍّ بِدَكَادِيكِ البُرَقْ * صَبْرًا فقد هَيَّجْتِ شَوْقَ المُشْتَئِقْ

الدَّكاديك جمع دكداك، وهو الرمل المتراكم، والبُرقة أرضٌ غليظةٌ فيها حجارةٌ ورملٌ، وصبْرًا أي: أعطني صبْرًا، والمُشْتَئِقُ بكسر الهمزة؛ لأنه اسم فاعل فبالهمزة زال المانع.

قوله: كَمَا يُلَيِّنُ المَهْمُوزَ، فتليين المهموز قد يكون لازمًا كما في أدم، وقد يكون غير لازم كما في رأس.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارة إلى **قوله**: إِذَا كَانَ مَقْرُونًا بِكَلِمَةِ عَلَى.

---

(١) في نسخة عاطف أفندي (عط) تحت السطر: خندفٌ: اسم رجل.

وَقِيلَ يُحَدُّ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ يَا زَانِي فَقَالَ لا بَلْ أَنتَ فَإِنَّهُمَا يُحَدَّانِ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ لا بَلْ أَنتَ زَانٍ، إِذْ هِيَ كَلِمَةُ عَطْفٍ يُسْتَدْرَكُ بِهَا الغَلَطُ فَيَصِيرُ الخَبَرُ المَذْكُورُ فِي الأَوَّلِ مَذْكُورًا فِي الثَّانِي. (وَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ يَا زَانِيَةُ فَقَالَتْ لا بَلْ أَنتَ حُدَّتِ المَرْأَةُ وَلا لِعَانَ) لِأَنَّهُمَا قَاذِفَانِ وَقَذْفُهُ يُوجِبُ اللِّعَانَ وَقَذْفُهَا الحَدَّ، وَفِي البُدَاءَةِ بِالحَدِّ إِبْطَالُ اللِّعَانِ؛ لِأَنَّ المَحْدُودَ فِي القَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ وَلا إِبْطَالَ فِي عَكْسِهِ أَصْلًا فَيُحْتَالُ لِلدَّرْءِ؛

وقوله: لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى قوله: وَحَالَةُ الغَضَبِ وَالسِّبَابِ تُعَيِّنُ الفَاحِشَةَ مُرَادًا، وفي بعض النُّسَخ: لِلْمُعَيِّنِ الَّذِي ذَكَرْنَا، على بناء اسم الفاعل من التعيين، والمعنيان تتقاربان.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» في تعليلهما: ولا فرق بين الهمز والتليين، دليله أنه لو لم يعن به الصعود يجب الحد إجماعًا، ولو لم يكن قذفًا لما وجب.

قوله: فَيَصِيرُ الجَزَاءُ المَذْكُورُ فِي الأَوَّلِ، أي: الخبر المذكور في الأول، يعني: أن كلمة (لا بَلْ) كلمة عطف لاستدراك الغلط، والعطف إذا لم يكن له خبر يجعل خبر الأول خبرًا له، فيصير كأنه قال: غلطتُ لا بل أنت زان.

قوله: لِأَنَّ المَحْدُودَ فِي القَذْفِ لَيْسَ بِأَهْلٍ لَهُ، أي: للعان؛ لأن أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة، وإقامة حدِّ القذف تبطل أهليَّة شهادة المحدود في القذف.

قوله: وَلا إِبْطَالَ فِي عَكْسِهِ، أي: لو قدمنا حد اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة؛ لأن بجريان اللعان بينهما لا يبطل إحصان الرجل، غاية ما في الباب أن اللعان في حق الرجل قائم مقام حد القذف، ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفًا عن فعل الزنا، فيجب حد القذف على المرأة، فقدمنا حد القذف على المرأة احتيالًا لدرء اللعان الذي هو في معنى الحد.

ولا يقال: قد دلَّ الدليل على البداية باللعان؛ لما أن الزوج بدأ بالقذف، وقدفه لامرأته

إِذِ اللِّعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ.

(وَلَوْ قَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ فَلَا حَدَّ وَلَا لِعَانَ) مَعْنَاهُ قَالَتْ بَعْدَمَا قَالَ لَهَا يَا زَانِيَةُ لِوُقُوعِ الشَّكِّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتِ الزِّنَا قَبْلَ النِّكَاحِ فَيَجِبُ الحَدُّ دُونَ اللِّعَانِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ وَانْعِدَامِهِ مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعْدَ

موجبٌ للعان؛ لأنا نقول: لا اعتبار لسبق القذف، فإنه إذا شتم غيرها بالزنا وقال ذلك الغير: لا بل أنت، يُحدَّان، ولم يقل فيه: أنه يُحد السابق بالقذف أوّلًا.

ونظير هذا المسألة ما ذكره في لعان «المبسوط» وهو: أن الرجل لو قال لامرأته: يا زانيةُ بنتَ الزانية، فقد صار قاذفًا لها ولأمِّها، وقذفُه أمَّها موجبٌ للحد، وقذفه إيَّاها موجبٌ للعان، فإذا رافعته هيَ وأمها بدئ بالحد؛ لما في البداية به من إسقاط اللعان لما ذكرنا.

قوله: وَإِذَا قَالَتْ زَنَيْتُ بِكَ، أي: قالت هذا القول في جواب قذف زوجها لها يازانية.

قوله: فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أي: من الحد واللعان، فَيَجِبُ الحَدُّ دُونَ اللِّعَانِ، أي: فيجب حد الزنا على المرأة؛ لأنها أقرَّت على نفسها بالزنا، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: وَانْعِدَامِهِ مِنْهُ، أي: وانعدام التصديق من الزوج.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وكان ينبغي لها أن تحد؛ لأنها قذفت زوجها بالزنا وهو لم يصدقها فيه، ثم قال: ولا معنى لما قيل في الكتاب؛ لأنه يحتمل أنَّها أرادت بذلك بعد النكاح؛ لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنـًا، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقةً، والجواب عنه أن الزوج بقوله إيَّاها: يا زانيةُ، أغضبها وأذاها، وهي بقولها إيَّاه: زنيتُ بك أيضًا، أغضبته وأذته، وعلى سُوء صنيعه جازته متمسِّكة بقوله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ [النور: ٣]، فيحتمل أن يكون الوطء بعد النكاح مرادًا لها بهذا الطريق.

قوله: وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ زِنَايَ مَا كَانَ مَعَك بَعْدَ النِّكَاحِ، وكلمة ما موصولة، والجملة مبتدأ وخبر بمعنى: (زناى من آنست كه با تو بود بعد از نكاح، يعني: جز تو من كسى ديگر را نه ديدم، اگر آن وطى تو كه بعد از نكاح با من كردى اگر زنا ست زنا آنست

النِّكَاحِ لِأَنِّي مَا مَكَّنْتُ أَحَدًا غَيْرَكَ، وَهُوَ الْمُرَادُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الحَالَةِ، وَعَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ يَجِبُ اللِّعَانُ دُونَ الحَدِّ عَلَى الْمَرْأَةِ لِوُجُودِ الْقَذْفِ مِنْهُ وَعَدَمِهِ مِنْهَا فَجَاءَ مَا قُلْنَا. (وَمَنْ أَقَرَّ بِوَلَدٍ ثُمَّ نَفَاهُ فَإِنَّهُ يُلَاعَنُ) لِأَنَّ النَّسَبَ لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ وَبِالنَّفْيِ بَعْدَهُ صَارَ قَاذِفًا فَيُلَاعَنُ (وَإِنْ نَفَاهُ ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ حُدَّ) لِأَنَّهُ لَمَّا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَطَلَ اللِّعَانُ لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ صُيِّرَ إِلَيْهِ ضَرُورَةَ التَّكَاذُبِ، وَالأَصْلُ فِيهِ حَدُّ الْقَذْفِ، فَإِذَا بَطَلَ التَّكَاذُبُ يُصَارُ إِلَى الأَصْلِ، وَفِيهِ خِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فِي اللِّعَانِ (وَالوَلَدُ وَلَدُهُ) فِي الوَجْهَيْنِ لِإِقْرَارِهِ بِهِ سَابِقًا أَوْ لَاحِقًا، وَاللِّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ كَمَا يَصِحُّ بِدُونِ الوَلَدِ

وديگر نى)، وإطلاقها لفظ الزنا على الوطء الحلال كان بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى: ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ﴾ [المائدة: ٦٤]، وقوله تعالى: ﴿صِبْغَةَ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٣٨]، وقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ﴾ [البقرة: ١٩٤] لا على تحقيق الزنا، فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها، فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة، ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج، وفي حال يجبُ الحد عليها ولا يجب اللعان على الزوج فلا يجب أحدهما بالشك، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: فَجَاءَ مَا قُلْنَا، وهو **قوله:** لا حَدَّ وَلا لِعَانَ.

وذكر في «المبسوط»: وكذلك لو قالت المرأة لزوجها مبتدأة: زنيتُ بك، ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان لوجود الإقرار منها بقوله: زنيتُ.

قوله: لِأَنَّهُ حَدٌّ ضَرُورِيٌّ، أي: لأن اللعان، صُيِّرَ إِلَيْهِ، أي: إلى اللعان.

قوله: وَالوَلَدُ وَلَدُهُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: في الوجه الذي أقرَّ ثم نفى، وفي الوجه الذي نفى ثم أقرَّ، ونظير هذه المسألة ما مرَّ في آخر باب اللعان في **قوله:** وَإِذَا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، إلى آخره.

قوله: وَاللِّعَانُ يَصِحُّ بِدُونِ قَطْعِ النَّسَبِ، هذا جوابُ سؤال مقدر وهو أن يقال: إن

(وَإِنْ قَالَ لَيْسَ بِابْنِي وَلا بِابْنِكَ فَلَا حَدَّ وَلا لِعَانَ) لِأَنَّهُ أَنْكَرَ الوِلادَةَ وَبِهِ لا يَصِيرُ قَاذِفًا (وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَةً وَمَعَهَا أَوْلادٌ لَمْ يُعْرَفْ لَهُمْ أَبٌ أَوْ قَذَفَ المُلَاعَنَةَ بِوَلَدٍ وَالوَلَدُ حَيٌّ أَوْ قَذَفَهَا بَعْدَ مَوْتِ الوَلَدِ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِقِيَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا مِنْهَا وَهِيَ وِلادَةُ وَلَدٍ لا أَبَ لَهُ فَفَاتَتِ العِفَّةُ نَظَرًا إِلَيْهَا وَهِيَ شَرْطُ الإِحْصَانِ (وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِانْعِدَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا.

سبب اللعان هاهنا كان نفي الولد، فلمَّا لم ينتف الولد يجب أن لا يجري اللعان بينهما؛ لأن بطلان المتضمَّن يقتضي بطلان المتضمِّن، قلنا: لمَّا لم يكن من ضرورة اللعان قطع النسب لا محالة اعتبر كل واحد منهما، أي: من نسبته إلى الزنا ومن نفي الولد، منفصلًا عن الآخر، فصار كأنه نسبها إلى الزنا من غير نفي الولد بأن قال: يا زانيةُ، ففيه اللعان، فكذا هاهنا، ألا ترى أنه إذا تطاولت مدَّة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه، ثم قال: ليس يا بنيَّ فإنه يلاعن، مع أن سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد؛ لأنه صار بمنزلة قوله: أنتِ زانية، إلى هذا أشار فخر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

قوله: أَوْ قَذَفَ المُلَاعَنَةَ بِوَلَدٍ، صحَّ بفتح العين، هكذا كان بقيد شيخي رحمه الله، **وقوله:** بِوَلَدٍ، يتصل بالملاعنة، أي: لو عنت المرأة بسبب نفي الولد.

قوله: فَفَاتَتِ العِفَّةُ نَظَرًا إِلَيْهَا - أي: إلى أمارة الزنا - وَهِيَ شَرْطٌ، أي: العفة شرط وجوب حدِّ القذف على القاذف، وهي فائتة فلا يجب الحد.

قوله: وَلَوْ قَذَفَ امْرَأَةً لاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ، وكذا لو لاعنت المرأة بولد ثم أكذب الزوج نفسه ولزمه الولد ثم قذفها قاذف حد القاذف لزوال التهمة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: لِانْعِدَامِ أَمَارَةِ الزِّنَا، فإن قيل: اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد أمارة الزنا منها، فينبغي أن يسقط الحد عن القاذف نظرًا إلى هذا.

قَالَ: (وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ) لِفَوَاتِ العِفَّةِ وَهِيَ شَرْطُ الإِحْصَانِ، وَلِأَنَّ القَاذِفَ صَادِقٌ، وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ لا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذْفِهِ؛ لِأَنَّ الزِّنَا هُوَ الوَطْءُ المُحَرَّمُ لِعَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَ مُحَرَّمًا لِغَيْرِهِ يُحَدُّ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزِنًا فَالوَطْءُ فِي غَيْرِ المِلْكِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ أَوْ مِنْ وَجْهٍ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ وَكَذَا

قلنا: بلى لكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج، فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأةُ محصنةً فتعارض الوجهان فتساقطا، فبقي القذف سالمًا عن المعارض فوجب الحد على القاذف، ووجدتُ بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهة: قلنا: نعم أن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، لكن بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فكانت هي محصنة بالنسبة إلى غير الزوج فيجبُ الحد على قاذفها.

قوله: وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قَاذِفُهُ، وكذا إذا كان في ملكه إلا أنه حرام على سبيل التأبيد، كما إذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاعة فلا يحد قاذفه، وأمَّا إذا وطئ وطئًا حرامًا ولكن تلك الحرمة لا على سبيل التأبيد كوطء أمته المجوسية فإنه يحد قاذفه.

قوله: وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا لِعَيْنِهِ لا يَجِبُ الحَدُّ، اعلم أن الحرمة على نوعين:

أحدهما: حرام لعينه وذلك ينشأ من شيئين: أحدهما: بالوطء في غير الملك إمَّا من كل وجه كوطء الأجنبية، أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره، والثاني: بوطء المرأة التي هي حرام عليه على سبيل التأبيد، فلا يجب الحد على قاذفه وإن كان الوطء في ملكه، كوطء أمته وهي أخته من الرضاعة، وما سِوَاهما من الوطء المحرم فمن قبيل ما هو حرامٌ لغيره، كوطء أمته المجوسية، ووطء أمتيه الأختين؛ لأن هذا وطء في الملك، والحرمة بعارض على شرف الزوال، ألا ترى لو أسلمت المجوسية، أو أخرج إحدى الأختين عن ملكه حلَّ له وطء الأخرى، وبمثل هذا الوطء لا يسقط الإحصان، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: أَوْ مِنْ وَجْهٍ حَرَامٌ لِعَيْنِهِ، كوطء الجارية المشتركة.

قوله: فَإِنْ كَانَتِ الحُرْمَةُ مُؤَقَّتَةً، كالوطء في حالة الحيض.

الوَطْءُ فِي المِلْكِ، وَالحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٌ، فَإِنْ كَانَتِ الحُرْمَةُ مُؤَقَّتَةً فَالحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالإِجْمَاعِ، أَوْ بِالحَدِيثِ المَشْهُورِ لِتَكُونَ ثَابِتَةً مِنْ غَيْرِ تَرَدُّدٍ.

قوله: وَأَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ الحُرْمَةُ المُؤَبَّدَةُ ثَابِتَةً بِالإِجْمَاعِ، كموطوئة الأب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين، ثم اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه، هذه صورة الإجماع في الحرمة المؤبَّدة في الملك، وأمَّا إذا نظر إلى فرج امرأةٍ أو أمةٍ بشهوة أو لمسها بشهوةٍ، ثم اشترى أمُّها أو ابنتها أو تزوَّجها فقذفه رجل حد قاذفه في قول أبي حنيفة رحمه الله، ولم يحد في قولهما.

هما يقولان: إنَّها محرمة عليه على التأبيد، فإن اللَّمس والتقبيل يثبت حرمة المصاهرة، فلا معنى لاعتبار اختلاف العلماء فيه كالزنا، فإن أباه لو زنى بأمة ثم اشتراها هو فوطئها يسقط إحصانه، وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه بين العلماء.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: كثير من الفقهاء لا يرَوْن اللمس والتقبيل موجبًا للحرمة، وليس في إثبات الحرمة نصٌّ ظاهرٌ بل نوع احتياطٍ أخذنا به من حيث إقامة السبب الداعي إلى الوطء مقام الوطء، وبمثل هذا الاحتياط لا يسقط الإحصان الثابت بيقين، بخلاف المزنى بها فإن في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء نصًّا وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢]، فقد قامت الدلالة لنا أن النكاح حقيقة للوطء ومع وجود النص لا يعتبر اختلاف العلماء، وأمَّا الوطء في غير الملك فهو مسقِط للإحصان على كل حال، وكذلك في الأب يطأ جارية ابنه، كذا في «المبسوط».

قوله: أَوْ بِالحَدِيثِ المَشْهُورِ، كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود، فإن حرمتها ثابتةٌ بالحديث المشهور بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بالشهود»، وهذا الحديث مشهور ذكره في «الفوائد الظهيريَّة».

وذكر في «الإيضاح»: ولو تزوجها بغير شهود فوطئها يسقط إحصانه؛ لأن النكاح

(وَبَيَانُهُ أَنَّ مَنْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِانْعِدَامِ المِلْكِ مِنْ وَجْهٍ (وَكَذَا إِذَا قَذَفَ امْرَأَةً زَنَتْ فِي نَصْرَانِيَّتِهَا) لِتَحَقُّقِ الزِّنَا مِنْهَا شَرْعًا لِانْعِدَامِ المِلْكِ وَلِهَذَا وَجَبَ عَلَيْهَا الحَدُّ.

(وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا أَتَى أَمَتَهُ وَهِيَ مَجُوسِيَّةٌ أَوِ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ مُكَاتَبَةٌ لَهُ فَعَلَيْهِ الحَدُّ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ مَعَ قِيَامِ المِلْكِ وَهِيَ مُؤَقَّتَةٌ فَكَانَتِ الحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ فَلَمْ يَكُنْ زِنًا، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ وَطْءَ المُكَاتَبَةِ يُسْقِطُ الإِحْصَانَ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ المِلْكَ زَائِلٌ فِي حَقِّ الوَطْءِ وَلِهَذَا يَلْزَمُهُ العُقْرُ بِالوَطْءِ، وَنَحْنُ نَقُولُ مِلْكُ الذَّاتِ بَاقٍ وَالحُرْمَةُ لِغَيْرِهِ إِذْ هِيَ مُؤَقَّتَةٌ (وَلَوْ قَذَفَ رَجُلًا وَطِئَ أَمَتَهُ وَهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضَاعَةِ لا يُحَدُّ) لِأَنَّ الحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.

الفاسد ليس بنكاح في التحقيق، وإنما يسقط الحد باعتبار الشبهة فأوجب سقوط الإحصان، ولا يعتبر فيه الخلاف؛ لأنه لم يعرف هذا الخلاف بين الصحابة، ويجوز أن يراد بالحرمة الثابتة بالحديث المشهور ما إذا وطئ عمَّته من الرضاع أو خالته من الرضاع بملك عين؛ لأن حرمتهما ثابتةٌ بالحديث المشهور بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

قوله: لِأَنَّ الحُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٌ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، هذا احتراز عن قول الكرخي رحمه الله فإنه يقول: بوطئها لا يسقط إحصانه؛ لأن حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح لا يسقط إحصانه كوطء امرأته الحائض، أو أمته المجوسية، أو التي ظاهر منها، أو المُحرمة، أو أمته التي زوَّجها، أو هي في عدة من غيره؛ لأن ملك الحل قائمٌ ببقاء سببه.

وجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة في المحل منافاة، ومن ضرورة ثبوت الحرمة المؤبَّدة انتفاء الحل، فالسبب لا يوجب الحكم إلا في محل قابل له، وإذا لم يكن المحل قابلًا للحل في حقه لا يثبت ملك المحل فكان فعله في معنى الزنا، كذا في «المبسوط».

(وَلَوْ قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً لَا حَدَّ عَلَيْهِ) لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ فِي الحُرِّيَّةِ لِمَكَانِ اخْتِلَافِ الصَّحَابَةِ. (وَلَوْ قَذَفَ مَجُوسِيًّا تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ثُمَّ أَسْلَمَ يُحَدُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا حَدَّ عَلَيْهِ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ تَزَوُّجَ المَجُوسِيِّ بِالمَحَارِمِ لَهُ حُكْمُ الصِّحَّةِ فِيمَا بَيْنَهُمْ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ فَقَذَفَ مُسْلِمًا حُدَّ) لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبْدِ وَقَدِ التَزَمَ إِيفَاءَ حُقُوقِ العِبَادِ، وَلِأَنَّهُ طَمِعَ فِي أَنْ لَا يُؤْذِيَ فَيَكُونَ مُلْتَزِمًا أَنْ لَا يُؤْذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ الحَدُّ. (وَإِذَا حُدَّ المُسْلِمُ فِي قَذْفٍ سَقَطَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ تَابَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ إِذَا تَابَ وَهِيَ تُعْرَفُ فِي الشَّهَادَاتِ (وَإِذَا حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ) لِأَنَّ لَهُ الشَّهَادَةَ عَلَى جِنْسِهِ فَتَرُدُّ تَتِمَّةً لِحَدِّهِ (فَإِنْ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ

قوله: وَلَوْ قَذَفَ مُكَاتَبًا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً، وذكر في «المبسوط»: وإن ماتَ المكاتب وترك وفاء فأديت مكاتبته فقذفه رجل فلا حدَّ عليه لشبهة الاختلاف بين الصحابة أنه مات حرًّا أو عبدًا على ما يجيء في المكاتب إن شاء الله تعالى.

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أي: في نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح.

قوله: وَقَدِ التَزَمَ إِيفَاءَ حُقُوقِ العِبَادِ، بلفظ مصدرِ أَوْفَى، أي: تحمل، وهذا الذي ذكر جواب ظاهر الرواية، وعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه أولًا لا يحد به؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا، فكان بمنزلة حدِّ الزنا.

وجه ما ذكر هاهنا أن المستأمن التزم أن لا يؤذي أحدًا وقد أذى، فكان فيه بمنزلة الذمي، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَيَكُونَ مُلْتَزِمًا أَنْ لَا يُؤْذِيَ وَمُوجِبُ أَذَاهُ، أي: التزم أن لا يؤذيَ أحدًا، وإن أذى التزم أيضًا أن يتحمل موجب أذاه وهو حد القذف في قذفه.

عَلَيْهِمْ وَعَلَى المُسْلِمِينَ) لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الإِسْلامِ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ، بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ حَدَّ القَذْفِ ثُمَّ أُعْتِقَ حَيْثُ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لَهُ أَصْلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعْدَ العِتْقِ مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ.

قوله: لِأَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ اسْتَفَادَهَا بَعْدَ الإِسْلامِ فَلَمْ تَدْخُلْ تَحْتَ الرَّدِّ، فإن قيل: إنَّما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين، فأمَّا على أهل الذمة فقد كانت الأهلية موجودة وقد صارت مجروحة بإقامة الحد عليه.

قلنا: لا كذلك، بل بالإسلام استفاد أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعًا لأهلية الشهادة على المسلمين، وهذا غير ما كان موجودًا حين أقيم عليه الحد، كذا في «الجامع الصغير» لشمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله.

قوله: لِأَنَّهُ لا شَهَادَةَ لَهُ أَصْلًا فِي حَالِ الرِّقِّ فَكَانَ رَدُّ شَهَادَتِهِ بَعْدَ العِتْقِ مِنْ تَمَامِ حَدِّهِ، فإن قلتَ: هذا التعليل الذي ذكر في الكتاب في حق الكافر والعبد يقتضي أن ينعكس حكمهما؛ لأنه لمَّا كان للكافر شهادة في جنسه يجبُ أن يرد شهادته بحد القذف تتميمًا لحد القذف، ثم يدوم ذكر الردِّ إلى وقت الإسلام وبعده، ولمَّا لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلًا حال رقه لم يكن إقامة حدِّ القذف مُلاقيةً لرد شهادته وقت الإقامة؛ لأن رد الشيء يقتضي وجود أصله وليس له شهادة أصلًا على ما ذكر في الكتاب، فكيف يقال برد شهادته في حال رقه، ثمَّ لمَّا لم يقع الحد حال وجوده موجبًا لرد الشهادة كيف ينقلب موجبًا للرد بعد ذلك؟ بل لا ينقلب كما في الزنا الموجود في دار الحرب، وكما في سقوط الاستبراء حال حدوث الملك بسبب نكاح الغير ثم الطلاق بعد ذلك.

قلتُ: نعم ما قلتَ وهذا كذلك، إلا أن التخريج في الفرق بينهما على وجهين:

أحدهما: ما اختاره الإمام المحقق شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله، وهو أن العبد إذا أقيم عليه حد القذف ثم عتق فإن شهادته لا تقبل، بخلاف الذمي إذا أسلم؛ وذلك لأن للعبد عدالة الإسلام، ولهذا كان مقبول الخبر في الديانات، وقد صارت تلك العدالة مجروحة

(وَإِنْ ضُرِبَ سَوْطًا فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ ضُرِبَ مَا بَقِيَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ مُتَمِّمٌ لِلْحَدِّ فَيَكُونُ صِفَةً لَهُ وَالْمُقَامُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ بَعْضُ الْحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ

بإقامة الحد عليه ولم يستفد بالحرية عدالة أخرى، فأمَّا الذمي فلم يكن له عدالة الإسلام ولهذا لا يقبل خبره في الديانات، فعند الإسلام استفاد عدالةً حادثةً لم تصر مجروحة بإقامة الحد عليه حال وجودها، فلهذا كان مقبول الشهادة.

والثاني: ما اختاره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: لأن العبد لم يكن له شهادة وقت الحد، فتوقف الردُّ على حدوث الشهادة فردت شهادته عند وجود صلاحية الشهادة، وأمَّا الذمي له شهادة في جنسه وقت الردِّ فعمل الرد في إبطال تلك الشهادة ولم يتوقف، فلا يعمل في شهادة تحدث بعد ذلك وهي الشهادة على أهل الإسلام؛ لأن هذه الشهادة لم تكن ثابتةً وقت الرد فلا يلحقها الرد، ثمَّ لمَّا جازت شهادته على المسلمين جازت على أهل الذمة تبعًا وإن كانت مردودة في حقهم وقت إقامة الحد عليه، ولكن لمَّا جازت شهادته على المسلمين بهذا الطريق الذي ذكرنا جازت على أهل الذمة أيضًا تبعًا؛ لأن من ضرورة كونه أهلًا للشهادة على المسلمين أن يكون أهلًا للشهادة على أهل الذمة، فكان هذا غير ما كان موجودًا حين أقيم عليه الحدُّ، وما ذكره الإمام قاضي خان أَوْفَق لما ذكر في الكتاب.

قوله: وَالْمُقَامُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ بَعْضُ الْحَدِّ فَلَا يَكُونُ رَدُّ الشَّهَادَةِ صِفَةً لَهُ، فإن قلتَ: كما أنَّ المقام بعد الإسلام بعض الحد فكذلك المقام قبل الإسلام بعض الحد أيضًا، فكما لا يكون رد الشهادة صفةً له لما أقيم بعد الإسلام، فكذلك لا يصلح أن يكون صفةً لما أقيم قبل الإسلام، بل جعله صفةً لما أقيم بعد الإسلام أَوْلَى من جعله صفة لما أقيم قبل الإسلام؛ لما أنَّ العلة إذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأخير، دليله حديث أبي بكر رضي الله عنه حين قال لزان أقرَّ بين يديه بالزنا: «إيَّاكَ والرابعة فإنَّها الموجبة للحد».

قلتُ: جعل رد الشهادة صفةً لما قبل الإسلام أَوْلَى؛ لأن الموجود قبله لا مدخل له في رد شهادة تحدث له بعد الإسلام؛ لأن له شهادة على أهل الذمة زمان ابتداء الحد على ما ذكرنا، والصحيح أن يقال في هذا: إن النص ورد بالأمرين: الحد والنهي عن القبول، وكل

صِفَةٌ لَهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ تُرَدُّ شَهَادَتُهُ إِذِ الأَقَلُّ تَابِعٌ لِلأَكْثَرِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ زَنَى أَوْ شَرِبَ أَوْ قَذَفَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحُدَّ فَهُوَ لِذَلِكَ كُلِّهِ) أَمَّا الأَوَّلَانِ فَلِأَنَّ المَقْصِدَ مِنْ إِقَامَةِ الحَدِّ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى الِانْزِجَارُ، وَاحْتِمَالُ حُصُولِهِ بِالأَوَّلِ قَائِمٌ فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ فَوَاتِ المَقْصُودِ فِي الثَّانِي، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا زَنَى وَقَذَفَ وَسَرَقَ وَشَرِبَ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ غَيْرُ المَقْصُودِ مِنَ الآخَرِ فَلَا يَتَدَاخَلُ، وَأَمَّا القَذْفُ فَالمُغَلَّبُ فِيهِ عِنْدَنَا حَقُّ اللهِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِمَا.

واحد منهما غير مرتب على الآخر نصًّا فيتعلق كل واحد منها بما يمكن، والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحال فيتقيَّد النهي به، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، ووجه الصحة قد ذكرناه بأن النص ورد بالأمر إلى آخره.

قوله: وَاحْتِمَالُ حُصُولِهِ بِالأَوَّلِ قَائِمٌ - أي: واحتمال حصول الانزجار بالحد الأول قائم - فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ فَوَاتِ المَقْصُودِ، وهو الزجر فإنه لمَّا حصل الانزجار بالحد الأول لا يحتاج إلى الحدِّ ثانياً، فلمَّا تمكنت هذه الشبهة لم يقم الحد الثاني؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

قوله: فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِمَا، أي: فيكون حدُّ القذف ملحقاً بحدِّ الزنا والسرقة، فيجري التَّداخل فيهما بالاتفاق، فكذلك في حد القذف عندنا لكون حق الله تعالى مغلباً عندنا.

وذكر في «المبسوط»: ولو قذف جماعةً في كلمة واحدة بأن قال: يا أيها الزناة، أو كلمات متفرقة بأن قال: يا زيد أنت زان، ويا عمرو أنت زان، لا يقام عليه إلا حدٌّ واحد عندنا، وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب، وإن قذفهم في كلمات متفرقات يحد بكل واحد منهم؛ لأن حق المقذوف عنده لا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب، وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر، فيجري فيه التداخل كسائر الحدود، وكذلك إن حضر بعضهم للخصومة ولم يحضر البعضُ، فأقيم الحد لخصومة من حضر، فعلى مذهبه

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنِ اخْتَلَفَ المَقْذُوفُ أَوِ المَقْذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزِّنَا لا يَتَدَاخَلُ، لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ العَبْدِ عِنْدَهُ.

إذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لأجله أيضًا، وعندنا لا يقام إذا علم أن قذفه بالزنا قبل إقامة الحد؛ لأن حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم، وما هو المقصود قد حصلَ وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وقد حُكيَ عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن ابن ليلى كان قاضيًا بالكوفة سمع رجلًا عند باب مسجده يقول لرجل آخر: يا ابن الزانيين، فقال: خذوه، فأخذوه وأدخلوه في المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين، فأخبر أبو حنيفة رحمه الله بذلك فقال: يا للعجب من قاضي بَلَدِنا قد أخطأ في خمسة مواضع في مسألة واحدة:

أمَّا الأول: فليس له أن يأخذه بالحد ما لم يخاصم المقذوف، والثانِي: أنه لو خاصم يجب حد واحد؛ لأنه وإن قذف ألف رجل يكتفى بحد واحد، والثالث: أنه إن كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يتربص بين الحدين يومًا أو أكثر حتى يجف أثر الضرب الأول، وهو قد والى بين الحدين، والرابع: أنه حده في المسجد وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: «جنِّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم وإنشاد ضالتكم»، والخامس: أنه قذف الوالدين حيث قال: يا ابن الزانيين، وحينئذٍ ينبغي أن يتعرف أيّهما في الأحياء أو في الأموات، فإن كانا في الأحياء فالخصومة إليهما، وإن لم يكونا في الأحياء فالخصومة إلى الابن.

قوله: إِنِ اخْتَلَفَ المَقْذُوفُ - كزيد وعمر - أَوِ - اختلف - المَقْذُوفُ بِهِ وَهُوَ الزِّنَا، وهو أن يقذف زيدًا مثلًا بزنائين، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي التَّعْزِيرِ)

(وَمَنْ قَذَفَ عَبْدًا أَوْ أَمَةً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ كَافِرًا بِالزِّنَا عُزِّرَ) لِأَنَّهُ جِنَايَةُ قَذْفٍ، وَقَدِ امْتَنَعَ وُجُوبُ الحَدِّ لِفَقْدِ الإِحْصَانِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ.

(وَكَذَا إِذَا قَذَفَ مُسْلِمًا بِغَيْرِ الزِّنَا فَقَالَ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا كَافِرُ أَوْ يَا خَبِيثُ أَوْ يَا سَارِقُ)

فصلٌ في التعزير

لمَّا ذكر الحدود وهي الزواجر المقدَّرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة، ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير.

ذكر في «المغرب»: التعزير تأديب دون الحد، وأصله من العزر بمعنى الرد والردع.

والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة لم يجب عليها حد مقدر يجب التعزير.

وفي «التحفة»: والتعزير يجب في جناية ليست بموجبة للحد، وهذا أعم من الأول.

وذكر في «الفتاوى الظهيريَّة»: اعلم بأن التعزير قد يكون بالحبس، وقد يكون بالصفع وتعريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس، ولم يذكر محمد رحمه الله التعزير بأخذ المال، وقد قيل: رُوي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز.

وذكر التمرتاشي عن الإمام السرخسي رحمهما الله: وليس في التعزير شيء مقدَّر، والرأي في ذلك إلى القاضي فإن المقصود منه الزجر، وأحوال الناس فيه مختلفة فمن الناس من ينزجر بالنصيحة فيكفيه ذلك، ومن الناس من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب فلا يمكن

لِأَنَّهُ آذَاهُ وَالحَقَ الشَّيْنَ بِهِ، وَلا مَدْخَلَ لِلْقِيَاسِ فِي الحُدُودِ فَوَجَبَ التَّعْزِيرُ، إلَّا أَنَّهُ يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولَى لِأَنَّهُ مِنْ جِنْسِ مَا يَجِبُ بِهِ الحَدُّ، وَفِي الثَّانِيَةِ: الرَّأْيُ إلَى الإِمَامِ (وَلَوْ قَالَ يَا حِمَارُ أَوْ يَا خِنْزِيرُ لَمْ يُعَزَّرْ) لِأَنَّهُ مَا الحِقَ الشَّيْنُ بِهِ لِلتَّيَقُّنِ بِنَفْيِهِ، وَقِيلَ فِي عُرْفِنَا يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يُعَدُّ شَيْنًا، وَقِيلَ إنْ كَانَ المَسْبُوبُ

التقدير فيه بشيءٍ معلوم، ففوضناه إلى رأي القاضي.

وفي «الشَّافي»: التعزير على مراتب: تعزير أشرف الأشراف وهم العلماء والعلويَّة بالإعلام وهو أن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا، فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك، وتعزير الأوساط وهم السوقية بالإعلام والجرد والحبس، وتعزير الأخسَّة بهذا كله وبالضرب.

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله أيضًا في باب الوطء الذي يوجب الحد: أن التعزير الذي يجب حقًّا لله تعالى يلي إقامته كل أحد بعلة النيابة من الله تعالى، وسُئل الهندواني رحمه الله عن رجل وجد رجلًا مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له القتل، وإن طاوعته المرأة حل له قتلها أيضًا، ثم قال: قلتُ: وهذا تنصيصٌ منه على أن الضرب تعزيرًا يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسبًا، ثم وجدتُ المسألة في «المنتقى» عن أبي يوسف.

وفي «الشافي»: ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته؛ لأنه حدٌّ والولاة هم الذين يتولَّوْن ذلك؛ لأنَّهم الخلفاء في الشرع، وله أن يعزرهما لأن التعزير تأديب فجاز أن يليه المولى.

قوله: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ غَايَتَهُ فِي الجِنَايَةِ الأُولَى - وهي ما إذا قذف عبدًا أو أمةً أو أم ولد بالزنا - لِأَنَّهُ - أي: لأن القذف بالزنا - مِنْ جِنْسِ مَا يَجِبُ بِهِ الحَدُّ، - وَفِي الثَّانِيَةِ، وهو قوله: يا فاسق.

ثم في قذف المسلم الكافر يجب التعزير؛ لما أن المسلم التزم ترك الإيذاء حيث دفع الأمان إليه، ففي القذف إيذاء فيعزر.

مِنَ الأَشْرَافِ كَالفُقَهَاءِ وَالعَلَوِيَّةِ يُعَزَّرُ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الوَحْشَةُ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ العَامَّةِ لا يُعَزَّرُ، وَهَذَا أَحْسَنُ.

وَالتَّعْزِيرُ أَكْثَرُهُ تِسْعَةٌ وَثَلاثُونَ سَوْطًا وَأَقَلُّهُ ثَلاثُ جَلَدَاتٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْلُغُ بِالتَّعْزِيرِ خَمْسَةً وَسَبْعِينَ سَوْطًا، وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ المُعْتَدِينَ» وَإِذَا تَعَذَّرَ تَبْلِيغُهُ حَدًّا فَأَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ

وذكر في «المبسوط»: ولو قال: يا حمار، يا ثور، يا خنزير، لم يعزر في شيء من ذلك؛ لأن من عادة العرب إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة أو الحرص، ولا يريدون به الشتيمة، ألا ترى أنَّهم يسمون به فيقال: عياض بن حمار، وسفيان الثوري؛ ولأن المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وإنما يلحق القاذف، فكل أحد يعلم أنه آدمي وليس بحمار وأن القاذف كاذب، وكذلك لو قال: يا كلب.

وحُكي عن الهندواني أنه قال: يعزر في ديارنا؛ لأن هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة، والأصحُّ أنه لا يعزر؛ لأن عادة العرب إطلاق هذا الاسم لمعنى المبالغة في الطلب وقلة الاستحياء، وقد يسمون به كالكلبي ونحوه، ثم كل أحد يعلم أنه كاذب، فالشين يلحقه دون المقذوف.

قوله: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ المُعْتَدِينَ»، **قوله**: بَلَغَ، بالتخفيف وهو السماع، وأمَّا ما يجري على ألسنة الفقهاء من التثقيل إن صح فعلى حذف المفعول الأول كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب»، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلرَّسُولُ بَلِّغْ مَآ أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ﴾ [المائدة: ٦٧] على حذف المفعول الثاني، والتقدير: من بلغ التعزير حدًّا، وإنما حسن الحذف لدلالة **قوله**: فِي غَيْرِ حَدٍّ، عليه، والذي يدل على هذا التقدير قولهم: لا يجوز تبليغ غير الحد حدًّا، كذا في «المغرب».

وذكر هذا الحديث في «الفوائد الظهيريَّة» ثم قال: وبَلَغَ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لا من التبليغ؛ لأن المبلغ إليه غير مذكور، والمراد تبليغ غير الحد حدًّا، لا تبليغ الحد

نَظَرًا إِلَى أَدْنَى الحَدِّ وَهُوَ حَدُّ العَبْدِ فِي القَذْفِ فَصَرَفَاهُ إِلَيْهِ وَذَلِكَ أَرْبَعُونَ سَوْطًا فَنَقَصَا مِنْهُ سَوْطًا، وَأَبُو يُوسُفَ اعْتَبَرَ أَقَلَّ الحَدِّ فِي الأَحْرَارِ إِذِ الأَصْلُ هُوَ الحُرِّيَّةُ ثُمَّ نَقَصَ سَوْطًا فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَهُوَ القِيَاسُ، وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ نَقَصَ خَمْسَةً وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ فَقَلَّدَهُ ثُمَّ قَدَّرَ الأَدْنَى فِي الكِتَابِ بِثَلَاثِ جَلَدَاتٍ لِأَنَّ مَا دُونَهَا لا يَقَعُ بِهِ الزَّجْرُ.

وَذَكَرَ مَشَايِخُنَا أَنَّ أَدْنَاهُ عَلَى مَا يَرَاهُ الإِمَامُ فَيُقَدِّرُ بِقَدْرِ مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يَنْزَجِرُ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ النَّاسِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ عَلَى قَدْرِ عِظَمِ الجُرْمِ وَصِغَرِهِ، وَعَنْهُ أَنْ يُقَرَّبَ كُلُّ نَوْعٍ مِنْ بَابِهِ؛ فَيُقَرَّبُ المَسُّ وَالقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزِّنَا، وَالقَذْفُ بِغَيْرِ الزِّنَا مِنْ حَدِّ القَذْفِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَأَى الإِمَامُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الضَّرْبِ فِي التَّعْزِيرِ الحَبْسَ فَعَلَ) لِأَنَّهُ صَلُحَ تَعْزِيرًا وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي الجُمْلَةِ حَتَّى جَازَ أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ فَجَازَ أَنْ يُضَمَّ إِلَيْهِ،

غير الحد، ومعنى بَلَغ بالتخفيف أي: كما بلغ المكان، أي: أتاه، فيصير تقدير الحديث كأنه قال: من أتى حدًّا في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين، فيتحقق هذه الفائدة.

قلتُ: وكذلك نقل عن الأستاذ الكبير رضي الله عنه بالتخفيف؛ لأن معناه: (هر كه برسد بحد در غير حد)، وهذا إنَّما يفهم بالتخفيف، فلو شدد اللام فلا بدَّ من تقدير مفعول آخر وهو أن يقال: من بلغ التأديب حدًّا.

قوله: فَيُقَرَّبُ المَسُّ وَالقُبْلَةُ مِنْ حَدِّ الزِّنَا، - فكان فيه أكثر الجلدات - وَالقَذْفُ بِغَيْرِ الزِّنَا مِنْ حَدِّ القَذْفِ، فكان فيه أقل الجلدات.

قوله: لِأَنَّهُ صَلُحَ تَعْزِيرًا - أي: الحبس صلح تعزيرًا - وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ، أي: بالحبس، وهو ما رُويَ أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم حبس رجلًا للتعزير.

وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهَمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ كَمَا شُرِعَ فِي الحَدِّ لِأَنَّهُ مِنَ التَّعْزِيرِ.

قَالَ: (وَأَشَدُّ الضَّرْبِ التَّعْزِيرُ) لِأَنَّهُ جَرَى التَّخْفِيفُ فِيهِ مِنْ حَيْثُ العَدَدِ فَلَا يُخَفَّفُ مِنْ حَيْثُ الوَصْفِ كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى فَوَاتِ المَقْصُودِ، وَلِهَذَا لَمْ يُخَفَّفْ مِنْ حَيْثُ التَّفْرِيقِ عَلَى الأَعْضَاءِ.

قَالَ: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنَا) لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالكِتَابِ، وَحَدُّ الشُّرْبِ ثَبَتَ بِقَوْلِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، وَلِأَنَّهُ أَعْظَمُ جِنَايَةً حَتَّى شُرِعَ فِيهِ الرَّجْمُ (ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ (ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ) لِأَنَّ سَبَبَهُ مُحْتَمِلٌ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ صَادِقًا وَلِأَنَّهُ جَرَى فِيهِ التَّغْلِيظُ مِنْ حَيْثُ رَدِّ الشَّهَادَةِ فَلَا يُغَلَّظُ مِنْ حَيْثُ الوَصْفِ.

قوله: وَلِهَذَا لَمْ يُشْرَعْ فِي التَّعْزِيرِ بِالتُّهَمَةِ قَبْلَ ثُبُوتِهِ، هذا لإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير، أي: لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو ثبتَ وتحقق قبل ثبوته، بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً فقال: يا فاسق أو يا كافر، فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود، وفي فصل الحد بالشبهة يحبس؛ لأن في باب الحد شيئاً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجود موجبه، فيجوز أن يحبس في تهمته لتناسب إقامة العقوبة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى، وفي باب الأموال والتعزير لا يحبس بالتهمة؛ لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس، فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان إقامة العقوبة الأعلى في مقابلة الذنب الأدنى، وهو ممَّا يأباه الشرع، ولمَّا لم يشرع الحبس بتهمة موجب التعزير علم أن الحبس من التعزير؛ إذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير، كما يُحبس بتهمة موجب الزنا، فلمَّا كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للإمام أن يضمه إلى الضرب لو رأى ذلك، كما أن للإمام الرأي في تقدير الضربات، فكذلك في ضم الحبس إلى الضرب.

قوله: كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى فَوَاتِ المَقْصُودِ، وهو الزجر.

(وَمَنْ حَدَّهُ الإِمَامُ أَوْ عَزَّرَهُ فَمَاتَ فَدَمُهُ هَدَرٌ) لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا فَعَلَ بِأَمْرِ الشَّرْعِ، وَفِعْلُ الْمَأْمُورِ لا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالفِصَادِ وَالبَزَّاغِ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ إِذَا عَزَّرَ زَوْجَتَهُ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِيهِ، وَالإِطْلَاقَاتُ تَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

قوله: وَفِعْلُ المَأْمُورِ لا يَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ؛ لأن الأمر طلب فعل المأمور به من المأمور وهو إثباتي، والإثباتات ليست بمقابلة للتعليق بالشرط؛ لأنه حينئذٍ يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة؛ ولأنه لمَّا وجب عليه ذلك الفعل بالأمر فيأتِي المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة؛ لأنه قد لا يتحقق بوصف السَّلامة فيبقى المأمور في ضرر الوجوب، بخلاف الإطلاقات فإنها رفع القيد فكان من جنس الإسقاطات وهي قابلة للتعليق، فلذلك قيدت الإطلاقات بوصف السَّلامة؛ ولأن الفعل المطلق في اختيار فاعله؛ لأنه حق الفاعل إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل، فينبغي أن يتقيَّد بوصف السلامة؛ لأنه لا ضرورة في ترك وصف السلامة.

قوله: كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ، والاصطياد.

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع، أو أفضاها فلا ضمانَ عليه عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف رحمهم الله، والرواية في «المحيط»، مع أن الزوج بالجماع استوفى حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن وأطلق له في ذلك الفعل، فكان ينبغي أن يتقيد بوصف السلامة، كما إذا ضرب امرأته لتعود إلى مضجعها.

قلتُ: إنَّما لم يجب الضمان هناك؛ لأن ضمان المهر قد وجبَ في ابتداء ذلك الفعل، ثمَّ لو وجبت الدية بموتها آخرًا كان فيه إيجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحدٍ وهو منافع البضع وذلك لا يجوز، كذا في «المحيط».

قوله: بِخِلَافِ الزَّوْجِ إِذَا عَزَّرَ زَوْجَتَهُ، فتلفت حيث يجبُ ضمان الدية.

ثمَّ اعلم أن ضرب الزوج امرأته إنَّما يُباح فيما إذا ضربَ الرجلُ امرأتَه لمنفعة نفسه، كما إذا ضربها ليعيدها إلى مضجعه فماتت من ضربه فإنه يضمن؛ لأن الشرع إنَّما أباح للزوج

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِأَنَّ الإِتْلَافَ خَطأٌ فِيهِ، إِذِ التَّعْزِيرُ لِلتَّأْدِيبِ غَيْرَ أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي بَيْتِ المَالِ لِأَنَّ نَفْعَ عَمَلِهِ يَرْجِعُ عَلَى عَامَّةِ المُسْلِمِينَ فَيَكُونُ الغُرْمُ فِي مَالِهِمْ، قُلْنَا لَمَّا اسْتَوْفَى حَقَّ اللهِ تَعَالَى بِأَمْرِهِ صَارَ كَأَنَّ اللهَ أَمَاتَهُ مِنْ غَيْرِ وَاسِطَةٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أن يضربها لمنفعة تعود إلى الزوج لا لمنفعة تعود إلى المرأة، ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى المرأة.

قال الحاكم رحمه الله: ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا في كتاب «العلل»، وهي أن الزوج لا يضرب امرأته على ترك الصلاة، والأبُ يضرب ابنه على ترك الصلاة، كذا في «المحيط»، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ السَّرِقَةِ

كتـابُ السرقة

لمَّا شرع في ذكر المزاجر قدم فيها ما هو راجع إلى صيانة النفوس كُلًّا وجزءًا واتصالًا بها من حد الزنا، وحد الشرب، وحد القذف؛ إذ الزنا سبب فوت النفس؛ لأن المولود منه ليس له أب يربيه فيضيع الولد، والشرب سبب لزوال العقل الذي هو الجزء الأعظم، والقذف سبب هتك العرض، ثم ذكر مزجرة ما هو راجع إلى صيانة الأموال وهو حد السرقة، والمال وقاية النفس، فلمَّا كان الموقيُّ أصلًا كان ذكر ما يتعلق به أيضًا أصلًا، فلذلك وقع ذكر ما هو راجع إلى صيانة الوقاية آخرًا.

ثم نحتاج هاهُنا إلى معرفة ستَّة أشياء وهي: تفسير السرقة لغةً وشرعًا، وسببها، وشرطها، وحكمها، وشرط حكمها.

أمَّا اللغة: فهي ما ذكر في الكتاب، وأمَّا في الشريعة: فالسرقة التي توجب القطع عبارة عن أخذ مال الغير على سبيل الخفيَّة من الحرز، وهو نصاب محرز للتمول، ولا يتسارع إليه الفساد من غير تأويل ولا شبهة، وظهر ذلك عند الإمام وهو من أهل العقوبة، وإنَّما قيَّدنا بقولنا فالسرقة التي توجب القطع مفسرًا بسرقة النصاب؛ لأن سرقة ما دون نصاب السرقة سرقة أيضًا لغةً وشرعًا، ولكنها غير موجبة للقطع؛ وإنما قلنا ذلك لأن العبد إذا سرق ما دون نصاب السرقة فإنه يرد على بائعه بعيب السرقة، كذا في «الخلاصة» وغيرها.

وتفسير سائر القيود يأتِي في أثناء المسائل.

وأمَّا سببها: فهو زيادة حرص مال محرَّم ناشئ من خُبث الباطن؛ وذلك لأن السرقة

السَّرِقَةُ فِي اللُّغَةِ أَخْذُ الشَّيْءِ مِنَ الغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الخُفْيَةِ وَالِاسْتِسْرَارِ، وَمِنْهُ اسْتِرَاقُ السَّمْعِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ بَيَانُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَالمَعْنَى اللُّغَوِيُّ مُرَاعًى فِيهَا

إنَّما تنبعث من لؤم الطبيعة، وخبث الطينة، وسوء الظنِّ بالله تعالى، وترك الثقة والاعتماد على ضمان الله تعالى الموعود بقوله: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي ٱلْأَرْضِ إِلَّا عَلَى ٱللَّهِ رِزْقُهَا﴾ [هود: ٦]، وقوله: ﴿إِنَّهُۥ لَحَقٌّ مِّثْلَ مَآ أَنَّكُمْ تَنطِقُونَ ۝﴾ [الذاريات: ٢٣].

وأمَّا شرطها: فهو مندرج فيما ذكرنا في تفسيرها شرعًا.

وأمَّا حكمها: ففي المرة الأولى هو قطع اليد اليمنى من الزند، وفي المرَّة الثانية قطع الرجل اليسرى، وفي الثالثة التخليدُ في الحبس.

وأمَّا شرط حكمها: في المرة الأولى فسلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى.

قوله: قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿إِلَّا مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾، أي: استمع إليه على وجه الخفية.

قوله: وَقَدْ زِيدَتْ عَلَيْهِ أَوْصَافٌ فِي الشَّرِيعَةِ، أي: وقد زيدت على المعنى اللغوي الذي هو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية أوصاف شرعية، وهي كون ذلك الشيء مالًا مملوكًا محرزًا متقومًا مقدرًا بنصاب إلى آخر ما ذكرنا من تفسيرها شرعًا.

قوله: وَالمَعْنَى اللُّغَوِيُّ - وهو أخذ المال من مالكه على سبيل الخفية والاستسرار - مُرَاعًى فِيهَا، اعلم أن ما نقله الشارع إلينا على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما هو المقرر على ما أنبأنا اللغة من غير تعبير كقوله تعالى: ﴿وَجَآءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ﴾ [يوسف: ٥٨]، ﴿وَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ﴾ [يوسف: ٥٩].

والثاني: ما هو المعدول غالبًا عمَّا أنبأ به اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم، فإن الصلاة شرعًا عبارة عن الأركان المعهودة وليس لها إنباء لغوي، وكذلك في غيرها.

والثالث: ما أنبأ به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعًا، كالسرقة على ما ذكرنا.

ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً أَوِ ابْتِدَاءً لا غَيْرَ، كَمَا إِذَا نَقَبَ الجِدَارَ عَلَى الِاسْتِسْرَارِ وَأَخَذَ المَالَ مِنَ المَالِكِ مُكَابَرَةً عَلَى الجِهَارِ، وَفِي الكُبْرَى: أَعْنِي قَطْعَ الطَّرِيقِ مُسَارَقَةُ عَيْنِ الإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ المُتَصَدِّي لِحِفْظِ الطَّرِيقِ بِأَعْوَانِهِ، وَفِي الصُّغْرَى: مُسَارَقَةُ عَيْنِ

قوله: أَوِ ابْتِدَاءً لا غَيْرَ، كَمَا إِذَا نَقَبَ الجِدَارَ، أي: ليلًا.

وذكر في «المحيط»: هو أخذ مال الغير على سبيل الخفية والاستسرار انتهاءً أو ابتداءً، بأن ينقب البيت على سبيل الخفية والاستسرار ليلًا ويأخذ المال ممَّن في يده على سبيل المكابرة جهارًا، بأن استيقظ صاحب البيت وأخذ المال مكابرة منه، أي: مقابلة مع الملك بالسلاح.

اعلم أن الخفية والاستسرار في السرقة عند ابتداء أخذ المال أو انتهائه أو فيهما إنما يشترط إذا كان الأخذ في النهار، وأمَّا إذا كان في الليل فلا يشترط الخفية والاستسرار بل تقطع يده، وإن كان أخذه من المالك جهارًا إذا كان في الليل، خلا أنه يشترط الاستسرار حالة الدخول وإن كان في الليل، وهذا الذي قلتُه مذكور في «المبسوط»، و«الإيضاح»، و«الذخيرة»، و«المحيط»، فإنه ذكر في «المحيط»: ولو كابر إنسانًا ليلًا حتى سرق متاعه قطع، ثم قال: معنى قوله: كابره، أنه دخل عليه بسلاح وقاتله حتى أخذ ماله.

وقال في «المبسوط»، و«الإيضاح»: فإنه يقطع؛ لأنه أخذه على سبيل الخفية من الناس وإن لم يستخفه من المالك فكان سرقة؛ لأن الغوثَ لا يلحق بالليل، بخلاف ما إذا كابره في المصر نهارًا حتى أخذ منه مالًا فإنه لا يقطع استحسانًا.

ثم ذكر في «المحيط»: والقياس أن لا يقطع في الفصلين؛ لانعدام ركن السرقة فإن ركنها الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار، والخفية إن وجدت وقت الدخول فلم توجد وقت الأخذ فإن الأخذ حصل بطريق المغالبة.

ولكنا استحسنًا في الفصل الأول، أي: في مغالبة الليل وقلنا بوجوب القطع؛ لأنا لو اعتبرنا الخفية وقت الأخذ لامتنع وجوب القطع في أكثر السرقات؛ لأن أكثر السرقات في الليالي تصير مغالبة في الانتهاء؛ لأنه وقت لا يلحقه الغوث، بخلاف ما إذا كانت بالنهار؛

الْمَالِكِ أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا سَرَقَ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فِيهِ وَجَبَ الْقَطْعُ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] الآيَةَ وَلا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ الْعَقْلِ وَالْبُلُوغِ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا وَالْقَطْعُ جَزَاءُ الْجِنَايَةِ، وَلا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ؛

لأن السرقة بالنهار لا تصير مغالبة غالباً؛ لأنه وقت يلحقه الغوث عن جهة السلطان، وبهذه الروايةِ وروايةٍ أخرى تجيء والتعليل يعلم أن المراد في قوله: أَوِ ابْتِدَاءً لا غَيْرَ، أي: ابتداء فعل السرقة وهو الدخول مستخفيًا لا وقت أخذ المال، فإن السرقة تقع موجبة للقطع، وإن كان السارق أخذ المال بعلم المالك إذا كان في الليل.

وذكر في «الذخيرة»، و«المحيط» قبيل هذا أيضًا: ولو دخل السارق ليلًا من باب الدار فكان الباب مفتوحًا مردودًا بعد ما صلَّى الناس العتمة وسرق خفيًّا أو مكابرةً ومعه سلاح أو لا، وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع، فلو دخل اللص دار إنسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار، وإذا كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص واللص لا يعلم أن فيها صاحب الدار، أو يعلم به اللص وصاحب الدار لا يعلم قطع، ولو علما لا يقطع، ولو لم يعلما قطع.

قوله: أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ، كالمودع، والمستعير، والمضارب، والغاصب، والمرتهن.

قوله: لِأَنَّ الْجِنَايَةَ لا تَتَحَقَّقُ دُونَهُمَا، أي: الجناية لا تحقق عند عدم العقل والبلوغ؛ لأن الحد يستدعي سبق الجناية؛ وذلك لأن الحد لا يجب إلا بعد وجود التكليف؛ لأن الحد عقوبة حيث سمَّى الله تعالى ذلك نكالًا، والعقوبة تعتمد وجود التكليف والتكليف لا يتوجه بدون العقل والبلوغ، كذا في «المحيط».

قوله: وَلا بُدَّ مِنَ التَّقْدِيرِ بِالْمَالِ الْخَطِيرِ، وهذا قول فقهاء الأمصار، وأمَّا عند أصحاب الظواهر فلا يعتبر النصاب فيه، وقد نقل ذلك عن الحسن البصري، واستدلوا بالآية الكريمة

لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ تَفْتُرُ فِي الحَقِيرِ، وَكَذَا أَخْذُهُ لا يَخْفَى فَلَا يَتَحَقَّقُ رُكْنُهُ وَلا حِكْمَةُ الزَّجْرِ لِأَنَّهَا فِيمَا يَغْلِبُ، وَالتَّقْدِيرُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ مَذْهَبُنَا، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّقْدِيرُ

فإن الله تعالى قال: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، أي: بالسرقة وليس في اسم السرقة ما يدل على النصاب، فالسرقة تتحقق في القليل والكثير على ما ذكرنا، واشتراط النصاب يكون زيادة على النص وذلك نسخ، ولكن السرقة لا تتحقق إلا بمال مملوك محرزٍ؛ لأن أخذ المباح يسمى اصطيادًا واحتطابًا لا سرقةً، وكذلك ما ليس بمحرز محفوظ فأخذه لا يكون سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ، فشرطنا لذلك ما يقتضيه اسم السرقة، بخلاف النصاب على ما ذكرنا.

ولكنا نقول: لمَّا كان في اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الإحراز صار كون المال محرزًا شرطًا بالنص، وشرائط العقوبة يراعى وجودُها بصفة الكمال؛ لما في النقصان من شبهة العدم، والإحراز إنَّما يتم في المال الخطير دون الحقير، فالقليل تافهٌ لا يقصد الإنسان إحرازه عادةً، ثم ذلك التقدير ثبت ببيان الشارع فقلنا باشتراطه.

فإن قيل: فقد ورد في الحديث أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده»، والبيضة قد لا تساوي أكثر من فلس، ولا يجوز أن يقال: المراد بيضة الحديد وحبال السفن؛ لأن المقصود بيان حقارة السارق، وفي جملة ما قلتم تفويت هذا المقصود.

قلنا: المراد من البيضة بيضة الحديد إلا أن صاحب الشرع وإن ذكره لإظهار حقارة السارق فقد أضمر في كلامه هذا المعنى ليحصل المقصود، ويكون كلامه حقًّا على ما رُوي أنه صلَّى الله عليه وسلَّم كان يمازح ولا يقول إلا حقًّا، وقد قيل: إن هذا في الابتداء لزيادة التغليظ والتشديد ثم انتسخ بالآثار المشهورة في اعتبار النصاب، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ الرَّغَبَاتِ تَفْتُرُ فِي الحَقِيرِ - فلا حاجة حينئذٍ إلى شرعية الزجر - وَكَذَا أَخْذُهُ لا يَخْفَى، أي: أخذ الحقير.

قوله: وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ التَّقْدِيرُ بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ،

بِرُبْعِ دِينَارٍ، وَعِنْدَ مَالِكٍ رَحْمَةُ اللهِ تَعَالَى عَلَيْهِ بِثَلَاثَةِ دَرَاهِمَ، لَهُمَا أَنَّ القَطْعَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا كَانَ إِلَّا فِي ثَمَنِ المِجَنِّ، وَأَقَلُّ مَا نُقِلَ فِي تَقْدِيرِهِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ، وَالأَخْذُ بِالأَقَلِّ المُتَيَقَّنِ بِهِ أَوْلَى، غَيْرَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّينَارِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا» وَالثَّلَاثَةُ رُبْعُهَا، وَلَنَا أَنَّ الأَخْذَ بِالأَكْثَرِ فِي هَذَا البَابِ أَوْلَى احْتِيَالًا لِدَرْءِ الحَدِّ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي الأَقَلِّ شُبْهَةَ عَدَمِ الجِنَايَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْحَدِّ، وَقَدْ تَأَيَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي دِينَارٍ، أَوْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ» وَاسْمُ الدَّرَاهِمِ يَنْطَلِقُ عَلَى المَضْرُوبَةِ عُرْفًا فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ اشْتِرَاطَ المَضْرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَهُوَ الأَصَحُّ رِعَايَةً لِكَمَالِ الجِنَايَةِ، حَتَّى لَوْ سَرَقَ عَشَرَةً تِبْرًا قِيمَتُهَا أَنْقَصُ مِنْ عَشَرَةٍ مَضْرُوبَةٍ لَا يَجِبُ القَطْعُ،

ولكن لا خلاف بينهما من حيث المعنى؛ لأن قيمة الدينار كانت اثني عشر درهماً، وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار، وقال ابن أبي ليلى: نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم، وقال عكرمة: بأربعة دراهم، وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما بأربعين درهمًا، كذا في «المبسوط».

قوله: فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ اشْتِرَاطَ المَضْرُوبِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ، أي: في القدوري، وهو ما ذكر قبله **بقوله:** أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ مَضْرُوبَةً.

قوله: وَهُوَ الأَصَحُّ، احتراز عمَّا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، ما يدل على أن المضروبة وغير المضروبة في ذلك على السواء، كذا في «المحيط».

وذكر في «شرح الطحاوي»: ولو سرق عشرة دراهم زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقاً لا يجب القطع ما لم تبلغ قيمته عشرة دراهم جيادًا.

وَالمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ مَثَاقِيلَ لِأَنَّهُ هُوَ المُتَعَارَفُ فِي عَامَّةِ البِلَادِ، وَقَوْلُهُ أَوْ مَا يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ غَيْرَ الدَّرَاهِمِ تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِهَا وَإِنْ كَانَ ذَهَبًا، وَلَا بُدَّ مِنْ حِرْزٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ دَارِئَةٌ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: (وَالعَبْدُ وَالحُرُّ فِي القَطْعِ سَوَاءٌ) لِأَنَّ النَّصَّ لَمْ يُفَصِّلْ، وَلِأَنَّ التَّنْصِيفَ مُتَعَذِّرٌ فَيَتَكَامَلُ صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ.

(وَيَجِبُ القَطْعُ بِإِقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُقْطَعُ إِلَّا بِالإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ) وَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُمَا فِي مَجْلِسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِأَنَّهُ إِحْدَى الحُجَّتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ بِالأُخْرَى وَهِيَ البَيِّنَةُ كَذَلِكَ اعْتَبَرْنَا فِي الزِّنَا، وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ ظَهَرَتْ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً فَيُكْتَفَى بِهِ كَمَا فِي القِصَاصِ وَحَدِّ القَذْفِ وَلَا اعْتِبَارَ بِالشَّهَادَةِ

قوله: وَالمُعْتَبَرُ وَزْنُ سَبْعَةِ، وقد ذكر ذلك في الزكاة.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُقْطَعُ إِلَّا بِالإِقْرَارِ مَرَّتَيْنِ، وهو أيضًا قول ابن أبي ليلى، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بِشرٌ رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ ظَهَرَتْ بِالإِقْرَارِ مَرَّةً فَيُكْتَفَى بِهِ كَمَا فِي القِصَاصِ، وأولى التعليل ما ذكره في «المبسوط» فقال بعد ما تمسك بالحديث على أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم اكتفى بالإقرار مرة: ولأن ما يثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بإقرار واحدٍ كالقصاص؛ وإنما قلنا هذا أَوْلَى لأن فيما ذكره في الكتاب يرد الإقرار بالزنا نقضـًا؛ لما أن الزنا أيضًا يظهر بالإقرار مرَّةً.

وذكر في «المبسوط» تعليل محمد رحمه الله بقوله: لو لم أقطعه في المرَّة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية؛ لأن المال صار دينًا عليه بالإقرار الأول، فهو بالإقرار الثاني يريد

لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُفِيدُ فِيهَا تَقْلِيلَ تُهْمَةِ الكَذِبِ وَلا تُفِيدُ فِي الإِقْرَارِ شَيْئًا لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ، وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الحَدِّ لا يَنْسَدُّ بِالتَّكْرَارِ وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ المَالِ لا يَصِحُّ أَصْلًا؛ لِأَنَّ صَاحِبَ المَالِ يُكَذِّبُهُ، وَاشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ فِي الزِّنَا بِخِلَافِ القِيَاسِ فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَوْرِدِ الشَّرْعِ.

قَالَ: (وَيَجِبُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ) لِتَحَقُّقِ الظُّهُورِ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ وَمَاهِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ كَمَا

إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده، فيكون متهمًا في ذلك فلا يقطع حينئذٍ، وإن كان المال قائمًا بعينه رددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني، فكيف يلزمه القطع بالإقرار بعد رد المال؟ ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالإقرار أَوْلَى.

قوله: لِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ - أي: في الإقرار - وَبَابُ الرُّجُوعِ فِي حَقِّ الحَدِّ لا يَنْسَدُّ بِالتَّكْرَارِ، هذا جواب سُؤال مقدَّر بأن يقال: إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا فقال: إنه لا ينسد؛ لأنه لو أقرَّ مرارًا وإن كثر ثمَّ رجع يصح رجوعه؛ لأنه لا مكذب له فيه.

قوله: وَالرُّجُوعُ فِي حَقِّ المَالِ لا يَصِحُّ أَصْلًا؛ لِأَنَّ صَاحِبَ المَالِ يُكَذِّبُهُ، فعُلِم بهذا أنه لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع ولا في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار.

قوله: وَيَنْبَغِي أَنْ يَسْأَلَهُمَا الإِمَامُ عَنْ كَيْفِيَّةِ السَّرِقَةِ، فيقول: كيف سرق؛ لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد.

قوله: وَمَاهِيَّتِهَا؛ لأن مبهم الاسم محتمل، فإن من يستمع إلى كلام الغير سرًّا يسمى سارقًا، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسۡتَرَقَ ٱلسَّمۡعَ﴾ [الحجر: ١٨]، ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقًا، قال النبي صلَّى الله عليه وسلَّم: «إن أسوأ الناس سرقةً من يسرق من صلاته».

قوله: وَزَمَانِهَا، أي: فيما إذا تثبت السرقة بالبينة فيسألهم الإمام فيقول: متى سرق؛

مَرَّ فِي الحُدُودِ، وَيَحْبِسُهُ إِلَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ لِلتُّهْمَةِ.

لجواز أن يكون تقادم العهد، وتقادم العهد في السرقة يمنع القطع إذا ثبتت بالبينة، وأمَّا إذا ظهرت السرقة بالإقرار فلا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان؛ لأن تقادم الزمان لا يمنع صحة الإقرار، كذا في «المبسوط» و«المحيط»، فعُلِم بهذا أن ما ذكره في الكتاب مطلقًا من **قوله:** وَزَمَانِهَا، مخصوصٌ إذا ثبتت السرقة بالبينة.

وذكر هاهنا إشكالًا في «الإيضاح» وقال: ولو شهد الشهود على سرقة بعد حين لا يقطع ويضمن المال؛ لأن حد السرقة يجب حقًّا لله تعالى كحد الزنا فيسقط بتقادم العهد، ثم قال: وهاهنا إشكال وهو أن الشاهد في تأخير الشهادة غير متهم؛ لأنه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فلم يكن متهمًا، ويجبُ أن يكون نظير حد القذف، والجواب عنه أن الأصل في حقوق الله تعالى أن لا تقبل البينة في إثباتها بعد حين؛ لأن الأصل أن لا تعتبر فيها المطالبة، فلئن اعتبر فعلى خلاف الأصل ولم يترك حكم الأصل فيه، وقد تقدَّم ذكر هذا في باب الشهادة على الزنا.

قوله: وَمَكَانِهَا، لجواز أنه سرق من غير الحرز، وفي دار الحرب؛ لأنه لا يقام القطع على من باشر السبب في دار الحرب.

ثم قال في «المحيط»: ويسألهما عن المسروق منه أيضًا؛ لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم أو أحد الزوجين.

وذكر في «المبسوط»: ولم يذكر السؤال ممَّن سرق؛ لأن المسروق منه حاضر يخاصم، والشهود يشهدون بالسرقة منه، فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك.

قوله: وَيَحْبِسُهُ إِلَى أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ، أي: ويحبس المشهود عليه؛ لأنه صار متهمًا بالسرقة فيحبس؛ لأنه لا يمكن التوثق بالتكفيل؛ لأنه لا كفالة في حقوق الله تعالى، ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهما؛ لأن القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته، خلافًا لابن أبي ليلى على ما يجيء، كذا في «المبسوط».

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لا يُقْطَعُ) لِأَنَّ الْمُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجِنَايَتِهِ فَيُعْتَبَرُ كَمَالُ النِّصَابِ فِي حَقِّهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَإِذَا اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي سَرِقَةٍ فَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ قُطِعَ، هذا إذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبيٌّ أو مجنونٌ، فإن كان واحد منهما بينهم دُرِئَ القطعُ عنهم في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصبي والمجنون وَلِيَا إخراجَ المتاع دُرِئَ عنهم، وإن كان الذي وَلِيَ سواهما قطعوا إلا الصبيَّ والمجنونَ؛ لأن الحامل هو الأصل، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَإِنْ أَصَابَهُ أَقَلُّ لا يُقْطَعُ، خلافاً لمالك، فإن عنده لو سرق جماعةٌ نصابًا واحدًا يقطعون، وإنا نقول: لو انفرد كل واحد منهم بسرقة بعض النصاب لا يقطع فكذلك عند الاجتماع، وإن سرق نصاباً من رجلين من منزلين مختلفين لا يقطع؛ لأنهما سرقتان لاختلاف الحرز، وإن سرق ماليهما من منزل واحدٍ قطع؛ لأنه سرق نصابًا كاملًا من حرزٍ واحدٍ، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

قوله: لِأَنَّ الْمُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصَابِ، إلى آخره، فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا قتل جماعةٌ واحدًا، فإنَّهم يقتلون كلهم وإن لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال؟

قلتُ: لأن القصاص هناك تعلق بإخراج الزَّوج وهو معنى لا يتبعَّض ولا يتجزّأ، فصار كل واحدٍ منهم كالفاعل لجميعه، كذا وجدتُّ الجواب بخط شيخي رحمه الله، والله تعالى أعلم.

(بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ وَمَا لَا يُقْطَعُ فِيهِ)

(وَلَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا مُبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْخَشَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْقَصَبِ وَالسَّمَكِ وَالطَّيْرِ وَالصَّيْدِ وَالزِّرْنِيخِ وَالْمَغَرَةِ وَالنُّورَةِ) وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ «عَائِشَةَ

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لمَّا ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها، ذكر في هذا الباب تعداد المسروق الذي يوجب القطع وما لا يوجبه.

قوله: وَلَا قَطْعَ فِيمَا يُوجَدُ تَافِهًا ... كَالخَشَبِ، إلى آخره، هذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: يتعلق القطع بسرقة كل ما تبلغ قيمته نصابًا إلا التراب والسرقين، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا؛ لأنه سرق مالًا متقومًا من حرز لا شبهة فيه، وبأن كان يوجد جنسه مباحًا لا يتمكن فيه شبهة بعد الإحراز كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج.

وحجتنا فيه ظاهر قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الناس شركاء في ثلاثة: في الكلاء والماء والنار»، فقد أثبت بين الناس شركة عامة في هذه الأشياء، وذلك شبهة في المنع من وجوب القطع بها وإن انقطعت الشركة بإحرازه، وإذا علم الحكم في هذه الأشياء وهيَ توجد مباحة الأصل بصورتها غير مرغوب فيها، فكذلك كل ما يوجد مباح الأصل في دار الإسلام، وأمَّا الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد أنه إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحةً لا يقطع، وهو المختلط بالحجر والتراب، وفي ظاهر المذهب يجبُ؛ لأنه ليس بتافه جنسًا، فإن كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادةً، كذا في «المبسوط».

المَغْرَةُ: الطين الأحمر وقد تحرك، كذا في «الصحاح».

قَالَتْ: كَانَتِ اليَدُ لا تُقْطَعُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»، أَيِ الحَقِيرِ، وَمَا يُوجَدُ جِنْسُهُ مُبَاحًا فِي الأَصْلِ بِصُورَتِهِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ، حَقِيرٌ تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ، وَالطِّبَاعُ لا تَضَنُّ بِهِ،

ثم قوله: بِصُورَتِهِ، احترازٌ عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية، فإن في سرقتها القطع وإن كان أصلها من الخشب، وأصل الحصر يوجد مباحًا لتغيرها عن صورتها الأصلية بالصنعة المتقومة.

وقوله: غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ، حَقِيرٌ تَقِلُّ الرَّغَبَاتُ فِيهِ، وَالطِّبَاعُ لا تَضَنُّ بِهِ، احتراز عمَّا ذكرنا من الذهب والفضة واللولؤ والجوهر، فإنَّها توجد مباحة في دار الإسلام ولكن هيَ مرغوب فيها.

فإن قلتَ: ما فائدة هذه التأكيدات مرَّة بعد أخرى، أما يكفي قوله: غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ؟

قلتُ: لمَّا ذكر في أصل المسألة أنَّ ما يوجد مباحًا في دار الإسلام لا يقطع فيه، وردَ عليه فصل الذهب والفضة ونحوهما ممَّا يرغبُ فيه حيث يقطع فيه، وإن كان أصله يوجد مباحًا احتاج إلى زيادة تأكيدات، لئلا ينتقض الأصل الذي أصَّله وأسَّسَه في عدم القطع بأن يوجد مباحًا في دار الإسلام في أصله، فكانت هذه التأكيدات مثل التأكيدات التي ذكرها فخر الإسلام رحمه الله في بيان علامة المقتضَى بقوله: فعلامته أن يصح به المذكور، ولا يلغى عند ظهوره، ويصلح لما أريد به؛ ولأنه لمَّا جاءت مثل هذه التأكيدات وإن كانت كل واحد منها تلازم الأخرى في كلام الله تعالى الذي بزَّ بلاغة كل ناطق، وشقَّ غبار كل سابق، وتعالى عن السهو والغلط، وترقى عن الخطأ بالأصوات واللفظ بقوله تعالى: ﴿فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ ٱلْمِكْيَالَ وَٱلْمِيزَانَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُواْ ٱلنَّاسَ أَشْيَآءَهُمْ﴾ [هود: ٨٥]، فأَوْلَى أن يجيء في كلام البشر الذي هو مظنَّة السهو لإزاحة ما يوهم السامع من وقوع السهو في كلامه.

ثم قوله: غَيْرَ، في: غَيْرَ مَرْغُوبٍ، نصب صفة لقوله: مُبَاحًا، وقوله: حَقِيرٌ، رفع؛ لأن

فَقَلَّمَا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهٍ مِّنَ المَالِكِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْعِ الزَّاجِرِ، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبِ القَطْعُ فِي سَرِقَةِ مَا دُونَ النِّصَابِ وَلِأَنَّ الحِرْزَ فِيهَا نَاقِصٌ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ الخَشَبَ يُلْقَى عَلَى الأَبْوَابِ، وَإِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الدَّارِ لِلْعِمَارَةِ لا لِلْإِحْرَازِ، وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ تُورِثُ الشُّبْهَةَ،

تقديره: هو حقير، **وقوله**: لا تَضَنُّ، بفتح الضاد وكسرها من حد عَلِم وضَرَب، والأصل هو الفتح، فالضن والضَّنانة بالشيء البخل به.

قوله: فَقَلَّمَا يُوجَدُ أَخْذُهُ عَلَى كُرْهٍ مِّنَ المَالِكِ، أي: قليل وجودُ لحوق المشقة بالمالك عند أخذ الآخذ هذه الأشياء منه، بل يرضى الآخذ توقياً عن لحوق سمة خسَاسَة الهمة به، وتفادياً عن أن ينسبه الناس إلى دَناءة الهمَّة إذا ضنَّت همته بهذه الأشياء المحقرة، فلمَّا كان كذلك لا يشرع الزاجر بالقطع في سرقة مثل هذه الأشياء.

وعلَّل في «الإيضاح» في هذه المسألة بقوله: وتفاهة هذه الأشياء وخساستها تُعرف بالرجوع إلى العرف، فإن الإنسان قد يترك الآخذ مع القدرة عليه، وبعد إظهار الرغبة فيه من باب الخساسة، وكذا الضِّنَّة به تعد من باب الخساسة، وتفاهته من هذا الوجه تخل بخطره، وقلة الخطر تمنع وجوب القطع كنقصان قدر النصاب.

قوله: وَالطَّيْرُ يَطِيرُ وَالصَّيْدُ يَفِرُّ، يعني: لمَّا كان الأمر كذلك كانت الرغبةُ فيهما ناقصة، فلا يشرع الزاجر في مثله.

قوله: وَكَذَا الشَّرِكَةُ العَامَّةُ الَّتِي كَانَتْ فِيهِ، كمال بيت المال، والمغانم، والحشيش، والخشب.

وذكر في «شرح الطحاوي»: ولا قطع على من سرق من الغنائم، ولا على من سرق من بيت مال المسلمين حرًّا كان أو عبدًا.

قوله: وَهُوَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ، المعمولة، احتراز عن الأواني والأبواب المتخذة من الخشب، فإن فيها القطع على ما ذكرناه.

وَالحَدُّ يَنْدَرِئُ بِهَا، وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ المَالِحُ وَالطَّرِيُّ، وَفِي الطَّيْرِ الدَّجَاجُ وَالبَطُّ وَالحَمَامُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا قَطْعَ فِي الطَّيْرِ» وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجِبُ القَطْعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا الطِّينَ وَالتُّرَابَ وَالسِّرْقِينَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِمَا مَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَا قَطْعَ فِيمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ كَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ وَالفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا فِي كَثَرٍ» وَالكَثَرُ الجُمَّارُ، وَقِيلَ الوَدِيُّ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا قَطْعَ فِي الطَّعَامِ» وَالمُرَادُ وَاللهُ أَعْلَمُ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ كَالمُهَيَّإِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ وَمَا فِي مَعْنَاهُ كَاللَّحْمِ وَالتَّمْرِ لِأَنَّهُ يُقْطَعُ فِي الحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ إِجْمَاعًا، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْطَعُ فِيهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا

قوله: وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ المَالِحُ وَالطَّرِيُّ، برفع المالح، أي: ويدخل في السمك المذكور في أوّل الباب السمك المالح، وهو المقدَّد الذي فيه ملح، وذكر في «المغرب»: يقال ماء ملح، وسمك مليح ومملوح، ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة.

قوله: وَالكَثَرُ الجُمَّارُ، الجُمَّارُ: شحم النخل، وهو شيء أبيض رخصٌ يوكل، مثل لسان الثور، كذا وجدتُّ بخط الإمام شيخ الإسلام تاج الدين الزرنوجي رحمه الله.

وفسَّر الكَثَرَ في «المبسوط» بصغار النخل، وفي «المغرب» فسَّر الكَثَرَ وَالجُمَّارُ بما فسَّره الإمام الزرنوجي الجُمَّارَ، ثم ذكر في «المغرب»: ومن قال: الجُمَّارُ: الوديُّ وهو التافه من النخل فقد أخطأ.

قوله: كَالمُهَيَّإِ لِلْأَكْلِ مِنْهُ، وذلك كالخبز واللحم، فإنه ذكر في «شرح الطحاوي»: ولا قطع في الطعام كالخبز واللحم.

قوله: لِأَنَّهُ يُقْطَعُ فِي الحِنْطَةِ وَالسُّكَّرِ إِجْمَاعًا، هذا ليس بمجرى على عمومه، بل هذا

قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلا كَثَرٍ فَإِذَا آوَاهُ الجَرِينُ أَوِ الجِرَانُ قُطِعَ» قُلْنَا: أَخْرَجَهُ عَلَى وِفَاقِ العَادَةِ، وَالَّذِي يُؤْوِيهِ الجَرِينُ فِي عَادَتِهِمْ هُوَ اليَابِسُ مِنَ الثَّمَرِ وَفِيهِ القَطْعُ.

قَالَ: (وَلا قَطْعَ فِي الفَاكِهَةِ عَلَى الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ الَّذِي لَمْ يُحْصَدْ) لِعَدَمِ الإِحْرَازِ (وَلا قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ) لِأَنَّ السَّارِقَ يَتَأَوَّلُ فِي تَنَاوُلِهَا الإِرَاقَةَ،

محمول على ما إذا سرق الحنطة والسكر، أو كل ما يوكل في أيّام الخصْبِ والسّعة، لا في أيام المجاعة والقحط، فإنه إذا سرق الطعام في تلك الأيام لا يقطع، كذا في «المبسوط»، و«المحيط».

وذكر في «المحيط» فقال: ذكر مسألة الفاكهة مطلقة، قال مشايخنا: ذلك على التفصيل، فإنه إن كانت السنة سنة قحط لا يجب القطع في الثمار، سواء كانت ثمرًا يتسارع الفساد إليه أو لا يتسارع، وسواء كان على رأس الشجر أو كان محرزًا أو لم يكن محرزًا، ثمّ قال: والجواب في الثمار نظير الجواب في الطعام، إذا سرق طعامًا في أيّام قحط لا يجب القطع سواء كان طعامًا يتسارع الفساد إليه أو لا يتسارع.

وفي «المنتقى» عن محمد رحمه الله: إذا سرق في عام سنة، أي: سرق عن ضرورة وجوع فلا قطع عليه، ولم يفصل بين الطعام وغيره.

وذكر في «المبسوط» بعد ذكر لفظ الحديث: وقيل: المراد لا قطع في طعام في عام السنة وهي زمان القحط؛ لأن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة، فمنع ذلك وجوبَ القطع؛ لما رُوي عن مكحول أن النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: «لا قطع في مجاعة مضطر».

الجَرِينُ: المربد، وهو الموضع الذي يُلقى فيه الرطب ليجف، وجمعه جُرُن، كذا في «المغرب»، وجِرَان البعير: مقدم عنقه، من مذبحه إلى منحره، والجمع جرُن، فجاز أن يسمى به هاهنا الجِرَابُ المتخذ منه.

قوله: وَلا قَطْعَ فِي الأَشْرِبَةِ المُطْرِبَةِ، أي: المسكرة، فإنه ذكر في «الصحاح»: الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور، وفسّر المُسكِر في أصول الفقه: بأنه غلبة سرور في العقل، فالتقيا في معنى السرور، فلذلك استعير الإطرابُ للإسكار، والدليل على صحة ما

وَلِأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلافٌ فَتَتَحَقَّقُ شُبْهَةُ عَدَمِ المَالِيَّةِ.

قَالَ: (وَلا فِي الطُّنْبُورِ) لِأَنَّهُ مِنَ المَعَازِفِ (وَلا فِي سَرِقَةِ المُصْحَفِ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حِلْيَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْطَعُ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ حَتَّى يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلُهُ، وَعَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ يُقْطَعُ إِذَا بَلَغَتِ الحِلْيَةُ نِصَابًا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ المُصْحَفِ فَتُعْتَبَرُ بِانْفِرَادِهَا، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الآخِذَ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ القِرَاءَةَ وَالنَّظَرَ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لا مَالِيَّةَ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ المَكْتُوبِ وَإِحْرَازُهُ لِأَجْلِهِ لا لِلْجِلْدِ وَالأَوْرَاقِ وَالحِلْيَةِ وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعُ وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّبَعِ، كَمَنْ سَرَقَ آنِيَةً فِيهَا خَمْرٌ وَقِيمَةُ الآنِيَةِ تَرْبُو عَلَى النِّصَابِ. (وَلا قَطْعَ فِي أَبْوَابِ المَسْجِدِ) لِعَدَمِ الإِحْرَازِ فَصَارَ كَبَابِ الدَّارِ

ذكرنا بأن المرادَ منها المسكِرة صريح ما ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله بقوله: ولا قطع في الأشربة المسكِرة.

ثم إنما قيَّد الأشربة هاهنا بالإطراب؛ لما أنه ذكر في «الإيضاح»: ويقطع في الخل؛ لأنه لا يتسارع إليه الفساد.

قوله: وَلِأَنَّ بَعْضَهَا لَيْسَ بِمَالٍ، أي: ليس بمال متقوم وهو الخمر.

قوله: وَفِي مَالِيَّةِ بَعْضِهَا اخْتِلافٌ، كالمنصَّف، والباذق، وماء الذرَة والشعير.

ذكر في «المغرب»: المَعَازِف: آلات اللهو التي يُضرب بها، الواحدُ عَزْف روايةٌ عن العرب، وإذا أفرد المعزف فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن.

قوله: وَإِنَّمَا هِيَ تَوَابِعُ وَلا مُعْتَبَرَ بِالتَّبَعِ، فكان هذا نظير ما ذكره في «المبسوط» في مسألة من سرق صبيًّا حرًّا وعليه حليٌّ كثير فإنه لا يقطع فقال: ألا ترى أنه لو سرق ثوبًا لا يساوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه، وإن كان يعلم بها فعليه القطع، وعن أبي يوسف رحمه الله أن عليه القطع في الأحوال كلها؛ لأن سرقته

بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّهُ يُحَرَّزُ بِبَابِ الدَّارِ مَا فِيهَا وَلا يُحَرَّزُ بِبَابِ المَسْجِدِ مَا فِيهِ حَتَّى لا يَجِبُ القَطْعُ بِسَرِقَةِ مَتَاعِهِ.

قَالَ: (وَلا الصَّلِيبِ مِنَ الذَّهَبِ وَلا الشِّطْرَنْجِ وَلا النَّرْدِ) لِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ مَنْ أَخَذَهَا الكَسْرَ نَهْيًا عَنِ المُنْكَرِ، بِخِلَافِ الدِّرْهَمِ الَّذِي عَلَيْهِ التِّمْثَالُ لِأَنَّهُ مَا أُعِدَّ لِلْعِبَادَةِ فَلا تَثْبُتُ شُبْهَةُ إِبَاحَةِ الكَسْرِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلَّى لا يُقْطَعُ لِعَدَمِ الحِرْزِ، وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ آخَرَ يُقْطَعُ لِكَمَالِ المَالِيَّةِ وَالحِرْزِ.

(وَلا قَطْعَ عَلَى سَارِقِ الصَّبِيِّ الحُرِّ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ) لِأَنَّ الحُرَّ لَيْسَ بِمَالٍ وَمَا عَلَيْهِ مِنَ الحُلِيِّ تَبَعٌ لَهُ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِي أَخْذِهِ الصَّبِيَّ إِسْكَاتَهُ أَوْ حَمْلَهُ إِلَى مُرْضِعَتِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْطَعُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ حُلِيٌّ هُوَ نِصَابٌ لِأَنَّهُ يَجِبُ القَطْعُ بِسَرِقَتِهِ وَحْدَهُ فَكَذَا مَعَ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا سَرَقَ إِنَاءَ فِضَّةٍ فِيهِ نَبِيذٌ أَوْ ثَرِيدٌ، وَالخِلَافُ فِي الصَّبِيِّ لا يَمْشِي وَلا يَتَكَلَّمُ كَيْ لا يَكُونَ فِي يَدِ نَفْسِهِ.

قد تمَّت في نصاب كامل.

ولكنا نقول: السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به، وإذا كان قصده أخذ الثوب نظر إلى قيمة الثوب وهو ليس بنصاب، وإذا كان عالمًا بالدراهم فقصده أخذ الدراهم.

الصَّلِيب: شيءٌ مثلثٌ كالتِّمثال يعبده النصارى.

والشِّطْرَنْج: بكسر الشين على وزن جِرْدَحل، هكذا كان مقيدًا.

وفي «الذخيرة»: ولا قطع في سرقة شطرنج وإن كان من ذهب، والنَّرد يكون كذلك.

قوله: إِنْ كَانَ الصَّلِيبُ فِي المُصَلَّى، المصلَّى: موضع الصلاة أو الدعاء، والمراد به هُنا موضع صلاة النصارى وهو متعبَّدهم.

(وَلا قَطْعَ فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الكَبِيرِ) لِأَنَّهُ غَصْبٌ أَوْ خِدَاعٌ (وَيُقْطَعُ فِي سَرِقَةِ العَبْدِ الصَّغِيرِ) لِتَحَقُّقِهَا بِحَدِّهَا إِلَّا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ هُوَ وَالبَالِغُ سَوَاءٌ فِي اعْتِبَارِ يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْطَعُ وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لا يَعْقِلُ وَلا يَتَكَلَّمُ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ مِنْ وَجْهٍ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَالٌ مُطْلَقٌ لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ أَوْ بِعَرَضِ أَنْ يَصِيرَ مُنْتَفَعًا بِهِ إِلَّا أَنَّهُ انْضَمَّ إِلَيْهِ مَعْنَى الآدَمِيَّةِ (وَلا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا) لِأَنَّ المَقْصُودَ مَا فِيهَا وَذَلِكَ لَيْسَ بِمَالٍ (إِلَّا فِي دَفَاتِرِ الحِسَابِ) لِأَنَّ مَا فِيهَا لا يُقْصَدُ بِالأَخْذِ فَكَانَ المَقْصُودُ هُوَ الكَوَاغِدَ.

قَالَ: (وَلا فِي سَرِقَةِ كَلْبٍ وَلا فَهْدٍ) لِأَنَّ مِنْ جِنْسِهَا يُوجَدُ مُبَاحُ الأَصْلِ غَيْرُ مَرْغُوبٍ فِيهِ وَلِأَنَّ الاخْتِلَافَ بَيْنَ العُلَمَاءِ ظَاهِرٌ فِي مَالِيَّةِ الكَلْبِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً.

(وَلا قَطْعَ فِي دُفٍّ وَلا طَبْلٍ وَلا بِرْبَطٍ وَلا مِزْمَارٍ) لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لا قِيمَةَ لَهَا وَعِنْدَ أَبِي

قوله: وَلا قَطْعَ فِي الدَّفَاتِرِ كُلِّهَا، أمَّا كتب الفقه والتفسير والأحاديث فهي كالمصحف من وجه، وإن كانت أشعارًا أو أشياء مكروهة فهي كالطنبور، فمن مشايخنا من ألحقها بدفاتر الحساب من حيث أنه لا يحتاج إليها في معرفة أحكام الشرع، ومنهم من ألحقها بالفقه؛ لأنه يحتاج إليه لمعرفة اللغة ومعرفة القرآن، والحاجة وإن قلَّت كفت لإيراث شبهة الإباحة، كذا في «مبسوط شيخ الإسلام».

قوله: وَلا قَطْعَ فِي طَبْلٍ، هذا إذا كان طبل لهو، وأمَّا طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه، واختيار الصَّدر الشهيد رضي الله عنه أنه لا يجب القطع؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن الشبهة، كذا في «المحيط».

وذكر في «المغرب»: الدّف: بالفتح والضم الذي يُلعب به، وهو نوعان: مدوّر ومربّع.

قوله: لِأَنَّ عِنْدَهُمَا لا قِيمَةَ لَهَا، حتى لا يضمن متلفه، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه

حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ آخِذُهَا يَتَأَوَّلُ الكَسْرَ فِيهَا.

(وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالقَنَا وَالآبَنُوسِ وَالصَّنْدَلِ) لِأَنَّهَا أَمْوَالٌ مُحَرَّزَةٌ لِكَوْنِهَا عَزِيزَةً عِنْدَ النَّاسِ وَلَا تُوجَدُ بِصُورَتِهَا مُبَاحَةً فِي دَارِ الإِسْلَامِ.

قَالَ: (وَيُقْطَعُ فِي الفُصُوصِ الخُضْرِ وَاليَاقُوتِ وَالزَّبَرْجَدِ) لِأَنَّهَا مِنْ أَعَزِّ الأَمْوَالِ وَأَنْفَسِهَا وَلَا تُوجَدُ مُبَاحَةَ الأَصْلِ بِصُورَتِهَا فِي دَارِ الإِسْلَامِ غَيْرَ مَرْغُوبٍ فِيهَا فَصَارَتْ كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ. (وَإِذَا اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ أَوَانِيَ وَأَبْوَابًا قُطِعَ فِيهَا)؛ لِأَنَّهُ بِالصَّنْعَةِ التَحَقَ بِالأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُحَرَّزُ بِخِلَافِ الحَصِيرِ؛ لِأَنَّ الصَّنْعَةَ

وإن كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى آخر فيه سوى اللهو، والمقصود التلهي به، ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود؛ ولأن للآخذ تأويلًا في أخذه وهو قصده النهي عن المنكر فيصير ذلك شبهة، كذا في «المبسوط».

قوله: السَّاجِ، الألف فيه منقلبة عن واوٍ، أصله سَوَجٌ بفتحتين، وهو شجرٌ يَعْظُم جدًّا، قالوا: ولا ينبت إلا ببلاد الهند، ويجلب منها كل ساجة مشرجعة، أي: مخروطة منحوتة الجوانب الأربع.

قوله: وَالقَنَا، بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح، كذا في «الدِّيوان»، و«المغرب».

قوله: وَالآبَنُوسِ، بفتح الباء، هكذا سمعتُ ووجدتُ أيضًا بخط شيخي وخط الإمام الزرنوجي رحمهما الله، مقيَّدًا بفتح الباء وهو معروف.

وفي «المحيط»: روى هشام عن محمد رضي الله عنه أنه قال: لا قطع في العاج ما لم يعمل، وهكذا روى البقالي عن محمد في الآبنوس، فإذا عمل شيء قطعته، قال البقالي: وقيل يجب أن لا يقطع في المعمول فيهما أيضًا.

قوله: لِأَنَّهُ بِالصَّنْعَةِ التَحَقَ بِالأَمْوَالِ النَّفِيسَةِ؛ وذكر الفرق في «المحيط» بين العمل المتصل بالخشب وبين العمل المتصل بالحشيش والقصب والبردي حيث لا يقطع في سرقة

فِيهِ لَمْ تَغْلِبْ عَلَى الجِنْسِ حَتَّى يُبْسَطُ فِي غَيْرِ الحِرْزِ، وَفِي الحُصْرِ البَغْدَادِيَّةِ قَالُوا يَجِبُ القَطْعُ فِي سَرِقَتِهَا لِغَلَبَةِ الصَّنْعَةِ عَلَى الأَصْلِ وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطْعُ فِي غَيْرِ المُرَكَّبِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ خَفِيفًا لا يَثْقُلُ عَلَى الوَاحِدِ حَمْلُهُ؛ لِأَنَّ الثَّقِيلَ مِنْهُ لا يُرْغَبُ فِي سَرِقَتِهِ. (وَلا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ وَلا خَائِنَةٍ) لِقُصُورٍ فِي الحِرْزِ (وَلا مُنْتَهِبٍ وَلا مُخْتَلِسٍ) لِأَنَّهُ يُجَاهِرُ بِفِعْلِهِ، كَيْفَ وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا قَطْعَ

هذه الأشياء، وإن كانت معمولة فبلغت قيمتها نصاب السرقة فقال: والفرق فيه هو أن الصنعة في الحشيش والقصب والبردي لا تغلب على الأصل، ألا ترى أنه لا تتضاعف قيمته بسبب الصنعة، فلا يخرج بالصنعة من أن يكون تافهًا فيما بين الناس، حتى أن الحصير ينبسط في غير الحرز كما أن القصب يلقى في غير الحرز، بخلاف الخشب إذا عمل حتى أن في الحصير إذا غلبت الصنعة على الأصل كما في الحصير البغدادي والحصير العباداني نقول بالقطع أيضًا.

قوله: وَإِنَّمَا يَجِبُ القَطْعُ - أي: في الأبواب - فِي غَيْرِ المُرَكَّبِ، أراد به تركيب الباب بالجدار، أي: إنما يجب القطع بسرقة الأبواب إذا كانت الأبواب محرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار، فإنَّها إذا كانت معلقة به لا يجب القطع بسرقتها.

وذكر في «المبسوط»: وإن سرقَ باب دار أو مسجد لم يقطع؛ لأنه ظاهر غير محرز ولا قطع في سرقة مال غير محرز؛ ولأن بالباب يصير ما في البيت محرزًا، فسارق الباب يصير سارقًا للحرز دون المحرز فهو كسرقة الحارس، وكذلك لو سرق ثوبًا قد بسط على الحائط إلى السكة، فانه غير محرز فإن الحائط غير محرز بل به يُحرز ما في داخل البيت.

قوله: وَلا قَطْعَ عَلَى خَائِنٍ وَلا خَائِنَةٍ، قال الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله: هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون، والخائنة للمؤنث.

والانتهاب: أن يأخذ على وجه العلانية جهرًا من ظاهر بلدة أو قرية.

والاختلاس: أن يأخذ من اليد بسرعة جهرًا لا قطع فيهما؛ لأن حد السرقة وهو أخذ

فِي مُخْتَلِسٍ وَلَا مُنْتَهِبٍ وَلَا خَائِنٍ».

(وَلَا قَطْعَ عَلَى النَّبَّاشِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: عَلَيْهِ القَطْعُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ» وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مُحْرَزٌ بِحِرْزِ مِثْلِهِ فَيُقْطَعُ فِيهِ، وَلَهُمَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

مال الغير على سبيل الخفية والاستسرار غير موجود هاهنا.

قوله: مُحْرَزٌ بِحِرْزِ مِثْلِهِ، **قوله: بِحِرْزٍ**، على لفظ الجار والمجرور لا على بناء المفعول من صيغة المضارع.

اعلم أن مسألة النباش مسألة اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها، فعُمر، وعائشة، وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش، وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول لا قطع عليه، وعليه اتفق من بقي في عهد مروان من الصحابة رضي الله عنهم، على ما رُوي أن نباشًا أُتِي به مروان، فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيئًا فعزره أسواطًا ولم يقطعه، وبهذا تبيَّن فساد استدلال من استدل بالآية لإيجاب القطع عليه، فإن اسم السارق لو كان يتناوله مطلقًا لما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة رضي الله عنهم مع النصِّ، وما اتفقوا على خلاف النص، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ مُحْرَزٌ بِحِرْزِ مِثْلِهِ فَيُقْطَعُ، أمَّا قولنا: أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ، فلا شبهة فيه؛ لأن الثوب كان مالًا متقومًا قبل أن يلبس الميت، فلا يختل صفة المالية فيه بإلباس الميت.

وأما قولنا: مُحْرَزٌ، فهو ظاهر أيضًا؛ لأنه ليس بمُضيَّع فكان محرزًا، والدليل على أنه محرز أنه لا يضمن الأب والوصي إذا كفَّنا الصبيَّ من مال الصبيِّ، وما لا يكون محرزًا يكون مضيَّعًا فهما يضمنان فيه.

وأمَّا قولنا: بِحِرْزِ مِثْلِهِ، فقد قال الطحاوي: حرز كل شيء معتبر بحرز مثله، حتى أنه إذا سرق دابة من إصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤًا من أصطبل لا يقطع، وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع، ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع؛ لأن الشاة لا تحرز بأحصن منها، وكان

وَالسَّلَامُ - «لا قَطْعَ عَلَى المُخْتَفِي» وَهُوَ النَّبَّاشُ بِلُغَةِ أَهْلِ المَدِينَةِ، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ تَمَكَّنَتْ فِي المِلْكِ لِأَنَّهُ لا مِلْكَ لِلْمَيِّتِ حَقِيقَةً وَلا لِلْوَارِثِ لِتَقَدُّمِ حَاجَةِ المَيِّتِ، وَقَدْ تَمَكَّنَ الخَلَلُ فِي المَقْصُودِ وَهُوَ الِانْزِجَارُ؛ لِأَنَّ الجِنَايَةَ فِي نَفْسِهَا نَادِرَةُ الوُجُودِ،

بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول الآدمي وإخراج سائر الأموال.

وحجتنا فيه بعد ما ذكر الحديث في الكتاب هي أن وجوب القطع إنما يكون بسرقة مال محرَّز مملوك، فجميع هذه الأوصاف قد اختلت في الكفن، وأمَّا السرقة فهي اسم لأخذ مال على وجه يسارق عين صاحبه، ولا يتصور مسارقة عين الميت، وإنما يخفي النباش ما يصنع باعتبار أنه يرتكب الكبيرة كالزاني، والدليل عليه أنه ينفى هذا الاسم عنه بإثبات غيره، فيقال: نبشَ وما سرقَ.

وأمَّا المالية فإنها عبارة عن التمول والادخار لوقت الحاجة، وهذا المقصود يفوت في الكفن، فإن الكفن مع الميت يوضع في القبر للبلى، وأمَّا انعدام صفة المملوكية؛ فلأن المملوك لا يكون إلا لمالك والكفن ليس بملك لأحد؛ لأن حق الميت مقدم على حق الوارث، ألا ترى أن القدر المشغول بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين لا يصير ملكًا للوارث، فالكفن أوْلَى، وهو ليس بمملوك للميت أيضًا؛ لأن الموت مناف للمالكية؛ لأنَّها عبارة عن قدرة واستيلاء فلا يكون ذلك بدون الحياة.

وأما انعدام صفة الحرز فنقول: الكفن غير محرز؛ لأن الإحراز بالحافظ والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره، بل القبر حفرة في الصحراء فلا يكون حرزًا، ألا ترى أنه لا يجعل حرزًا لثوب آخر من جنس الكفن؛ وذلك لأن القبر لو كان حرزًا لا يخلو: إما أن يكون حرزًا بنفسه أو بالميت، فلا يجوز أن يكون بنفسه؛ لما ذكرنا أنه لو دفن فيه ثوب أو شيء آخر فسرقه سارقٌ لا يقطع، ولا يجوز أن يكون حرزًا بالميت؛ لأنه جماد فلا يتصور منه الإحراز.

وعن هذا خرج الجواب عن مسألة الإصطبل والحظيرة، فإن معنى الصيانة بالحرز لا يختلف في جنس واحد، فلمَّا لم يقطع في حق ثوب آخر مدفون في القبر عُلم أنه لا يصلح حرزًا لجنس الثياب أجمع، والكفن منه فلا يصلح حرزًا له، بخلاف الشاة مع الثوب فإنَّهما جنسان

وَمَا رَوَاهُ غَيْرُ مَرْفُوعٍ أَوْ هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، وَإِنْ كَانَ القَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا إِذَا سَرَقَ مِنْ تَابُوتٍ فِي القَافِلَةِ وَفِيهِ المَيِّتُ لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَلَا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ) لِأَنَّهُ مَالُ العَامَّةِ وَهُوَ مِنْهُمْ.

قَالَ: (وَلَا مِنْ مَالٍ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ) لِمَا قُلْنَا. (وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ دَرَاهِمُ فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَهَا لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ لِحَقِّهِ)، وَالحَالُّ وَالمُؤَجَّلُ فِيهِ سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ

مختلفان، فلم يلزم من كون الشيء حرزًا لجنس كونه حرزًا لجنس آخر.

وأمَّا الجواب عن مسألة الأب والوصي فإنا لا نقول أنه مضيِّع، بل هو مصروف إلى حاجة الميت، وصرف الشيء إلى الحاجة لا يكون تضييعـًا ولا إحرازًا، كتناول الطعام وإلقاء البذر في الأرض، فعُلم بهذا أن عدم الضمان منهما لا باعتبار أنه إحرازٌ لمال الصبي بل هو صرف لحاجة الصبي، وأمَّا الحديث فقوله: «مَنْ نَبَشَ قَطَعْنَاهُ»، لم يصح مرفوعًا بل هو من كلام زياد، أو هو محمول على السياسة، ألا ترى أنه قال في ذلك الحديث: من قتل عبده قتلناه، ومن جدع أنفه جدعناه، وهو محمول على السياسة فكذا هذا، وللإمام رأي في ذلك، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار»، و«المحيط».

قوله: وَإِنْ كَانَ القَبْرُ فِي بَيْتٍ مُقْفَلٍ - بسكون القاف، ذكر في «الصحاح»: يقال: أقفل الباب وقفَّل الأبواب مثل أغلق وغلَّق - فَهُوَ عَلَى الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ، إلى آخره، وفي «المبسوط»: اختلف مشايخنا فيما إذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال: والأصح عندي أنه لا يجبُ القطع سواء نبش الكفن، أو سرق مالًا آخر من ذلك البيت؛ لأن بوضع القبر فيه اختل صفة الحرزية في ذلك البيت، فإن لكل أحد من الناس تأويلًا بالدخول فيه كزيارة القبر، ولذلك يختلفون في قاطع الطريق إذا أخذ الكفن مِنْ تَابُوتٍ فِي القَافِلَةِ ولم يأخذ شيئـًا آخر، فمنهم من قال: يقام عليه الحد؛ لأنه محرزٌ بالقافلة، قال رحمه الله: والأصح عندي أنه لا يجب القطع؛ لاختلال في صفة المالكيَّة والمملوكيَّة في الكفن من الوجه الذي قررناه.

قوله: وَالحَالُّ وَالمُؤَجَّلُ فِيهِ - أي: في عدم القطع - سَوَاءٌ اسْتِحْسَانًا، والقياس أن يقطع؛

التَّأْجِيلَ لِتَأْخِيرِ المُطَالَبَةِ، وَكَذَا إِذَا سَرَقَ زِيَادَةً عَلَى حَقِّهِ لِأَنَّهُ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ يَصِيرُ شَرِيكًا فِيهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْهُ عُرُوضًا قُطِعَ) لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ مِنْهُ إِلَّا بَيْعًا بِالتَّرَاضِي، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لا يُقْطَعُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ العُلَمَاءِ قَضَاءً مِنْ حَقِّهِ أَوْ رَهْنًا بِحَقِّهِ، قُلْنَا: هَذَا قَوْلٌ لا يَسْتَنِدُ إِلَى دَلِيلٍ ظَاهِرٍ فَلا يُعْتَبَرُ بِدُونِ اتِّصَالِ الدَّعْوَى بِهِ، حَتَّى لَوِ ادَّعَى ذَلِكَ دُرِئَ عَنْهُ الحَدُّ لِأَنَّهُ ظَنٌّ فِي مَوْضِعِ الخِلَافِ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ فَسَرَقَ مِنْهُ دَنَانِيرَ قِيلَ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الأَخْذِ، وَقِيلَ لا يُقْطَعُ لِأَنَّ النُّقُودَ جِنْسٌ وَاحِدٌ.

(وَمَنْ سَرَقَ عَيْنًا فَقُطِعَ فِيهَا فَرَدَّهَا ثُمَّ عَادَ فَسَرَقَهَا وَهِيَ بِحَالِهَا لَمْ يُقْطَعْ) وَالقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، لِقَوْلِهِ

لأنه سرق مالًا لا يُباح له الأخذ كما لو سرق من خلاف جنسه، فوجه الاستحسان أن كون المأخوذ من جنس حقه يبيح له الأخذ، فلئن لم تثبت حقيقة الإباحة هاهنا لمكان الأجل تثبت الشبهة، والشبهة كافية لدرء الحدِّ.

قوله: لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ عِنْدَ بَعْضِ العُلَمَاءِ، وهو ابن أبي ليلى فإنه يقول: وإن ظفر بخلاف جنس حقه كان له أخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية، ومن العلماء من يقول: يأخذه رَهْنًا بِحَقِّهِ.

قوله: حَتَّى لَوِ ادَّعَى ذَلِكَ - أي: أخذه قضاءً لحقه أو أخذه للرهن - دُرِئَ عَنْهُ الحَدُّ؛ لأن فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئاً في ذلك التأويل عندنا.

قوله: وَقِيلَ لا يُقْطَعُ - وهو الصحيح - لِأَنَّ النُّقُودَ - في حكم - جِنْسٍ وَاحِدٍ، ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه: للإمام أن يبادل أحد النقدين بالآخر من غير رضى المديون بحقه قضاءً لحقه، هذا كله من «المبسوط»، و«المحيط».

- عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى بَلْ أَقْبَحُ لِتَقَدُّمِ الزَّاجِرِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالِكُ مِنَ السَّارِقِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ثُمَّ كَانَتِ السَّرِقَةُ، وَلَنَا أَنَّ القَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ المَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَبِالرَّدِّ إِلَى المَالِكِ إِنْ عَادَتْ حَقِيقَةُ العِصْمَةِ بَقِيَتْ شُبْهَةُ السُّقُوطِ نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ المِلْكِ وَالمَحَلِّ، وَقِيَامُ المُوجِبِ وَهُوَ القَطْعُ فِيهِ، بِخِلَافِ

قوله: وَلِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُتَكَامِلَةٌ كَالأُولَى، وبيان التشبيه هو أن بعد رد المتاع على المسروق منه هذه العين في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان، حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنًا، فكذلك في حكم القطع؛ لما أنه مال معصوم كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه، وبهذه الأوصاف لزمه القطع في المرَّة الأولى فكذا في المرة الثانية.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالِكُ مِنَ السَّارِقِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ - المالك - مِنْهُ ثُمَّ كَانَتِ السَّرِقَةُ، وكما لو كان غزلًا فسرقه فقطعت يده ثم نسجه المالك ثمَّ سرقه ثانيًا يقطع، وكذلك الحنطة إذا طحنها.

قوله: وَلَنَا أَنَّ القَطْعَ أَوْجَبَ سُقُوطَ عِصْمَةِ المَحَلِّ عَلَى مَا يُعْرَفُ مِنْ بَعْدُ، إشارة إلى قوله بعد أوراق: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «لا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ»، إلى آخره.

قوله: نَظَرًا إِلَى اتِّحَادِ المِلْكِ، احتراز عمَّا لو تبدل الملك في ذلك العين وهو **قوله**: كَمَا إِذَا بَاعَهُ المَالِكُ مِنَ السَّارِقِ، إلى آخره.

وقوله: وَالمَحَلِّ، احتراز عما لو تبدل المحل كما في صورة الغَزْل وهو قوله فيما يجيء **بقوله**: فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزْلًا، إلى آخره.

قوله: وَقِيَامُ المُوجِبِ، أي: موجب سقوط العصمة، وبهذه القيود خرج الجواب عمَّا

مَا ذُكِرَ؛ لِأَنَّ المِلْكَ قَدِ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، وَلِأَنَّ تَكْرَارَ الجِنَايَةِ مِنْهُ نَادِرٌ لِتَحَمُّلِهِ مَشَقَّةَ الزَّاجِرِ فَتَعَرَّى الإِقَامَةُ عَنِ المَقْصُودِ وَهُوَ تَقْلِيلُ الجِنَايَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحْدُودُ فِي قَذْفِ المَقْذُوفَ الأَوَّلَ.

أوردوا من تبدل الملك وتغير الحال، وما كان قبل القطع.

فإن قلتَ: حدُّ السرقة حدٌّ خالص لله تعالى كحد الزنا، ثم هو يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد، حتى أن من زنى بامرأة فحد ثمَّ زنى بتلك المرأة مرَّةً أخرى لزمه الحدُّ ثانياً، بخلاف حدِّ القذف فإن فيه حق العبد خصوصًا على أصل الخصم، وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة؛ لأن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف، وقد حصل ذلك بالمرَّة الأولى فلذلك لا يتكرر الحد هناك، فلمَّا كان الأمرُ كذلك فما وجه الفرق بين حد السرقة وحد الزنا في عدم تكرار الحد وتكراره بعد اتحاد المحل فيهما؟

قلتُ: حد الزنا إنما يجبُ باعتبار المستوفى، والمستوفى متلاش، والمستوفى في المرَّة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى فلهذا لزمه الحد، مع أن حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرَّة الأولى، بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق المالك في العين، فإنه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق؛ ولأن هذا حد لا يستوفى إلا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من واحدٍ في محل واحدٍ كحد القذف، بخلاف حدِّ الزنا فإنه لا يعتبر الخصومة فيه، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ قَدِ اخْتَلَفَ بِاخْتِلَافِ سَبَبِهِ، فاختلاف أسباب الملك كاختلاف الأعيان؛ كما عُرف في حديث بريرة رضي الله عنها، وألا ترى أن المشتريَ إذا باع من غيره ثم اشتراه ثم وجدَ به عيباً لم يرده على البائع الأول، فدلَّ أن تبدل سبب الملك كتبدل العين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا قَذَفَ المَحْدُودُ فِي قَذْفِ المَقْذُوفَ الأَوَّلَ، وذكر الإمام البرغري رحمه الله: معناه بعين ذلك الزنا، أمَّا لو نسبه إلى غير ذلك بالزنا فإنه يحد أيضًا.

قَالَ: (فَإِنْ تَغَيَّرَتْ عَنْ حَالِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ غَزْلًا فَسَرَقَهُ وَقُطِعَ فَرَدَّهُ ثُمَّ نُسِجَ فَعَادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ) لِأَنَّ العَيْنَ قَدْ تَبَدَّلَتْ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الغَاصِبُ بِهِ، وَهَذَا هُوَ عَلَامَةُ التَّبَدُّلِ فِي كُلِّ مَحَلٍّ، وَإِذَا تَبَدَّلَتِ انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ النَّاشِئَةُ مِنِ اتِّحَادِ المَحَلِّ، وَالقَطْعُ فِيهِ فَوَجَبَ القَطْعُ ثَانِيًا، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَالقَطْعُ فِيهِ، بالجرِّ عطفًا على **قوله:** مِنِ اتِّحَادِ، أي: انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل ومن وجود القطع في المحل الأول، فصار كالعين بسبب التبدل حكماً كأنه غير ذلك العين الذي وجد القطع فيه مرَّة، فلذلك يقطع ثانيًا لكونه غير ذلك العين حكماً، والله تعالى أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي الحِرْزِ وَالأَخْذِ مِنْهُ

(وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيْهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَعْ) فَالأَوَّلُ وَهُوَ الوِلادُ لِلْبُسُوطَةِ فِي المَالِ وَفِي الدُّخُولِ فِي الحِرْزِ، وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي،

فصلٌ في الحرز والأخذ منه

فلمَّا كانت السرقة في تحققها محتاجةً إلى نفس ماليَّة المسروق وإلى الحرز، شرع في بيان الحرز بعد بيان ماليَّة المسروق، وقدَّم ذكرها على ذكر الحرز؛ لأن ذلك شرط في نفس المسروق والحرز شرط خارج المسروق.

قوله: وَالثَّانِي لِلْمَعْنَى الثَّانِي، أي: عدم القطع في السرقة من ذي الرحم المحرم لكونه مأذونًا في الدخول في حرز ذي الرحم المحرم بدون الإذن وهو معنى واحد، وأمَّا عدمُ القطع في الأول وهو الولادُ فلوجود المعنيين، وهما البسوطة في المال والدخول في حرز الولاد بدون الإذن.

وذكر في «المحيط»: أمَّا إذا كان السارق أبـًا أو أمًّا؛ فلأن لكل واحد منهما شبهة الملك في مال المسروق منه والشبهة كافية لدرءِ الحد، وأمَّا إذا كان السارق ولدًا؛ فلأن الولد يستحق النفقة في مال الوالدين إذا كان فقيرًا، فالاستحقاق إن كان لا يثبت لمكان الغنى ثبتت شبهة الاستحقاق لقيام سببه، والشبهة كافية لدرءِ الحد، وأمَّا إذا سرق من ذي رحم محرم نحو الأخ والأخت والخال والعمِّ، فإن قرابة هؤلاء سبب لاستحقاق النفقة عند العسرة، فعند اليسار تثبت شبهة الاستحقاق.

وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ مِنْهَا، بِخِلَافِ الصَّدِيقَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَادَاهُ بِالسَّرِقَةِ، وَفِي الثَّانِي خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهُ أَلْحَقَهَا بِالقَرَابَةِ البَعِيدَةِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي العَتَاقِ.

(وَلَوْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتَاعَ غَيْرِهِ يَنْبَغِي أَنْ لا يُقْطَعَ، وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يُقْطَعُ) اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ (وَإِنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - أَنَّهُ لا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ وَحِشْمَةٍ، بِخِلَافِ الأُخْتِ مِنَ الرَّضَاعِ لِانْعِدَامِ هَذَا المَعْنَى فِيهَا عَادَةً، وَجْهُ الظَّاهِرِ

قوله: وَلِهَذَا أَبَاحَ الشَّرْعُ النَّظَرَ إِلَى مَوَاضِعِ الزِّينَةِ الظَّاهِرَةِ مِنْهَا، وذكر في «المبسوط»: ولهذا يثبت حل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة، وهي قرابة ذي الرحم المحرم، ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف، ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما يجيء في الكراهية إن شاء الله تعالى.

قوله: وَفِي الثَّانِي - أي: ذي الرحم المحرم - خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، فإنه يقول في غير الوالدين والمولودين: يجب القطع.

قوله: وَلَوْ سَرَقَ مَالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ، أي لو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غير ذي الرحم المحرم.

قوله: اعْتِبَارًا لِلْحِرْزِ وَعَدَمِهِ، أي: لوجود الحرز في المسألة الثانية، وهي ما إذا سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره، ولعدم الحرز في المسألة الأولى وهي ما إذا سرقَ مال غير ذي الرحم المحرم من بيت ذي الرحم المحرم.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، إلى **قوله**: بِخِلَافِ الأُخْتِ مِنَ الرَّضَاعِ، ذكر في «المبسوط» قول أبي يوسفَ هذا ثم قال: وهذا بعيدٌ، فإن الأميَّة من الرضاع لو كانت مؤثرة

أَنَّهُ لا قَرَابَةَ وَالمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لا تُحْتَرَمُ كَمَا إذَا ثَبَتَتْ بِالزِّنَا وَالتَّقْبِيلِ عَنْ شَهْوَةٍ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ الأُخْتُ مِنَ الرَّضَاعَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الرَّضَاعَ قَلَّمَا يَشْتَهِرُ فَلا بُسُوطَةَ تَحَرُّزًا عَنْ مَوْقِفِ التُّهَمَةِ بِخِلَافِ النَّسَبِ.

(وَإِذَا سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنَ الآخَرِ أَوِ العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنِ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ لَمْ يُقْطَعْ) لِوُجُودِ الإِذْنِ بِالدُّخُولِ عَادَةً، وَإِنْ سَرَقَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مِنْ حِرْزِ الآخَرِ خَاصَّةً لا يَسْكُنَانِ فِيهِ فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِبُسُوطَةٍ بَيْنَهُمَا فِي الأَمْوَالِ عَادَةً وَدَلَالَةً وَهُوَ نَظِيرُ الخِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ (وَلَوْ سَرَقَ المَوْلَى مِنْ مُكَاتَبِهِ لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ لَهُ فِي أَكْسَابِهِ حَقًّا (وَكَذَلِكَ السَّارِقُ مِنَ المَغْنَمِ)؛ لِأَنَّ

في إسقاط القطع لكانت الأختية مؤثرة فيه أيضًا كما لو كانت بالنسب.

قوله: وَالمَحْرَمِيَّةُ بِدُونِهَا لا تُحْتَرَمُ - أي: المحرمية بدون القرابة لا تجعل حرمة قويةً عادةً - كَمَا إذَا ثَبَتَتْ بِالزِّنَا، أي: كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا، فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بتلك المرأة لا تعد شبهة في قطع اليد، بل تقطع وإن كانت بيت المرأة المزينة محرمًا له.

قوله: وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ، أي: من الحرمة الثابتة بالزنا، يعني: أن الأمَّ من الرِّضاع أشبه إلى الأخت من الرضاع في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا، ثم السَّرقة من بيت الأخت من الرضاع موجبة للقطع بالإجماع، فيجبُ أن تكون السرقة من بيت أمِّه من الرضاع موجبة للقطع أيضًا، فوجه الأشبهية ظاهر؛ لأن سبب كل واحدٍ منهما للمحرمية الرضاعُ، فإلحاق الرضاع بالرضاع أوْلَى من إلحاق الرضاع بالزنا.

قوله: وَدَلَالَةً، وهي أنَّها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال، فلأَن تبذل المال أوْلَى؛ أو لأن البسوطة بينهما في الأموال لمَّا أثرت في منع قبول شهادة أحدهما للآخر فلأَن تمنع القطع في السرقة أوْلَى؛ لأن القطع من الحدود والحدود تندرئُ بالشبهات، وهذا يعم الطرفين.

لَهُ فِيهِ نَصِيبًا، وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ - دَرْءًا وَتَعْلِيلًا.

قَالَ: (وَالحِرْزُ عَلَى نَوْعَيْنِ حِرْزٌ لِمَعْنًى فِيهِ كَالبُيُوتِ وَالدُّورِ، وَحِرْزٌ بِالحَافِظِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: الحِرْزُ لا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّ الِاسْتِسْرَارَ لا يَتَحَقَّقُ دُونَهُ، ثُمَّ هُوَ قَدْ يَكُونُ بِالمَكَانِ وَهُوَ المَكَانُ المُعَدُّ لِإِحْرَازِ الأَمْتِعَةِ كَالدُّورِ وَالبُيُوتِ وَالصُّنْدُوقِ وَالحَانُوتِ، وَقَدْ يَكُونُ بِالحَافِظِ كَمَنْ جَلَسَ فِي الطَّرِيقِ أَوْ فِي المَسْجِدِ وَعِنْدَهُ مَتَاعُهُ فَهُوَ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَقَدْ «قَطَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَنْ سَرَقَ رِدَاءَ صَفْوَانَ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ وَهُوَ نَائِمٌ فِي المَسْجِدِ». (وَفِي المُحَرَّزِ بِالمَكَانِ لا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالحَافِظِ،

قوله: وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ دَرْءًا وَتَعْلِيلًا، وهو ما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه أُتِي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال: إن له فيه نصيبًا، كذا في «المبسوط».

الحِرْزُ: عبارة عن المكان الحصين في اللغة، ثمَّ المراد به هاهنا هو أن يكون الشيء حصنًا للمال ويمنع وصول يد الغير إليه، ففي هذا لا يتفاوت بين أن يكون ذلك الشيء بناءً أو حافظًا، غير أن الحرز إذا كان بالبناء لا يجب القطع إلا بالإخراج منه، وأمَّا إذا كان بالحافظ فيجب القطع بمجرد الأخذ.

قوله: وَفِي المُحَرَّزِ بِالمَكَانِ لا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالحَافِظِ، شرح هذا ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: وإن سرق من حمام ومالكه فيه لا يقطع؛ لأن الحمام حرز في نفسه؛ لأن الحرز ما يبنى لحفظ الأمتعة وإن كان ينتفع به بوجه آخر، والحرز بالحافظ إنما يعتبر فيما لا يكون محرزًا بالمكان؛ لأن الحرز بالمكان فوق الحرز بالحافظ؛ لأن الحرزَ بالحقيقة ما يمنع وصول اليد إلى المال ويصير به المال مختفيًا، والحرز بالحافظ وإن كان يمنع وصول اليد لكن لا يصير المال مختفيًا به، وبالمكان يحصل ذلك، فكان الحرز بالحافظ دون الحرز بالمكان فيكون الحافظ بمنزلة البدل عنه، فلا يعتبر حال وجود الأصل،

هُوَ الصَّحِيحُ) لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِدُونِهِ وَهُوَ البَيْتُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَابٌ أَوْ كَانَ وَهُوَ مَفْتُوحٌ حَتَّى يُقْطَعَ السَّارِقُ مِنْهُ، لِأَنَّ البِنَاءَ لِقَصْدِ الإِحْرَازِ إِلَّا أَنَّهُ لا يَجِبُ القَطْعُ إِلَّا بِالإِخْرَاجِ مِنْهُ لِقِيَامِ يَدِهِ فِيهِ قَبْلَهُ، بِخِلَافِ المُحَرَّزِ بِالحَافِظِ حَيْثُ يَجِبُ القَطْعُ فِيهِ كَمَا أُخِذَ، لِزَوَالِ يَدِ المَالِكِ بِمُجَرَّدِ الأَخْذِ فَتَتِمُّ السَّرِقَةُ، وَلا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا أَوْ نَائِمًا وَالمَتَاعُ تَحْتَهُ أَوْ عِنْدَهُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَدَّ النَّائِمُ

والحمام حرز ولهذا لو سرق في وقت لا يؤذن بالدخول فيه يقطع، فلا يعتبر فيه الحرز بالحافظ، فصار الحافظ وجوده وعدمه بمنزلة، ولو انعدم حقيقة لا يقطع؛ لأنه بيت أذن بالدخول فيه فلا يكون هاتكاً للحرز.

وهكذا ذكر أيضاً في «المحيط» فقال فيه بعد ما ذكر هذا الأصل: وعن هذا قال أصحابنا رضي الله عنهم: إن من سرق من الحمام في الوقت الذي يؤذن للناس بالدخول فيه لا يقطع، سواءٌ كان للثياب حافظ ثمَّة أو لم يكن؛ لأنه لا عبرة للحافظ هاهنا.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عما ذكره في «العُيون» فقال في «المحيط»: وذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في مسألة السرقة من الحمام أن لا قطع على السارق وإن كان ثمَّة حافظ، وقال: هذا قول علمائنا رحمهم الله تعالى، وكذا قال شمس الأئمَّة السرخسي رحمه الله أيضًا، ولكن ذكر في «العُيون»: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يقطع إذا كان ثمَّة حافظ، وصورته رجل سرق من حمام فإن كان صاحبه جالسًا عليه فسُلَّ من تحته قطع عند أبي حنيفة، وقال محمد رحمهما الله: لا يقطع، قال الصدر الشهيد: والفقيه أبو الليث اختار قول محمد رضي الله عنه في الحمام، ونحن نختار قوله أيضًا اتباعاً له.

قوله: وَلا فَرْقَ، إلى **قوله**: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عن قول بعض مشايخنا ذكره في «المحيط» فقال: وفي «الأصل» يقول: المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه، فسرقَ منه رجل قطع، بعضُ مشايخنا قالوا: قوله: ويبيت عليه، إشارةٌ إلى أن صاحب المتاع إنما يكون محرزًا لمتاعه في حال نومه إذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه، وأمَّا إذا كان

عِنْدَ مَتَاعِهِ حَافِظًا لَهُ فِي العَادَةِ، وَعَلَى هَذَا لا يَضْمَنُ المُودَعُ وَالمُسْتَعِيرُ بِمِثْلِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَضْيِيعٍ، بِخِلَافِ مَا اخْتَارَهُ فِي الفَتَاوَى.

قَالَ: (وَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْ حِرْزٍ أَوْ مِنْ غَيْرِ حِرْزٍ وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ سَرَقَ مَالًا مُحَرَّزًا بِأَحَدِ الحِرْزَيْنِ (وَلا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَالًا مِنْ حَمَّامٍ أَوْ مِنْ بَيْتٍ أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ) لِوُجُودِ الإِذْنِ عَادَةً أَوْ حَقِيقَةً فِي الدُّخُولِ فَاخْتَلَّ الحِرْزُ وَيَدْخُلُ فِي ذَلِكَ حَوَانِيتُ التُّجَّارِ وَالخَانَاتُ، إِلَّا إِذَا سَرَقَ مِنْهَا لَيْلًا لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِإِحْرَازِ الأَمْوَالِ، وَإِنَّمَا الإِذْنُ يَخْتَصُّ بِالنَّهَارِ.

(وَمَنْ سَرَقَ مِنَ المَسْجِدِ مَتَاعًا وَصَاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ) لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِالحَافِظِ لِأَنَّ المَسْجِدَ مَا بُنِيَ لِإِحْرَازِ الأَمْوَالِ فَلَمْ يَكُنِ المَالُ مُحَرَّزًا بِالمَكَانِ، بِخِلَافِ الحَمَّامِ وَالبَيْتِ الَّذِي أُذِنَ لِلنَّاسِ فِي دُخُولِهِ حَيْثُ لا يُقْطَعُ لِأَنَّهُ بُنِيَ لِلْإِحْرَازِ فَكَانَ المَكَانُ

موضوعًا بين يديه فلا يكون محرزًا له في حال نومه، وبعضهم قالوا: يصير محرزًا لمتاعه في حال نومه وإن كان متاعه موضوعاً بين يديه، وإليه مالَ الشيخ الإمام شمس الأئمَّة السرخسي فقال عقيب هذه المسألة: إن المودع والمستعير لا يضمنان بمثل هذا، وهما يضمنان بالتضييع.

قوله: بِخِلَافِ مَا اخْتَارَهُ فِي الفَتَاوَى، يعني: قال فيها: إنَّهما يضمنان في هذه الصورة، ولكن ذكر في «الفتاوى الظهيريَّة» مثل ما ذكره شمس الأئمَّة ثم قال: وقال إنما لا يجب الضمان إذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما إذا نام قاعدًا، وأمَّا إذا نام مضطجعًا فعليه الضمان، وهذا إذا كان في الحضر، وأمَّا إذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدًا أو مضطجعًا.

قوله: وَلا قَطْعَ عَلَى مَنْ سَرَقَ مَالًا مِنْ حَمَّامٍ، أي: سرق في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه على ما ذكرنا، ويذكر في الكتاب.

قوله: بِخِلَافِ الحَمَّامِ، إلى **قوله**: حَيْثُ لا يُقْطَعُ، أي: وإن كان صاحبه عنده.

حِرْزًا فَلَا يُعْتَبَرُ الإِحْرَازُ بِالحَافِظِ (وَلا قَطْعَ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ مِمَّنْ أَضَافَهُ) لِأَنَّ البَيْتَ لَمْ يَبْقَ حِرْزًا فِي حَقِّهِ لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِي دُخُولِهِ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَهْلِ الدَّارِ فَيَكُونُ فِعْلُهُ خِيَانَةً لا سَرِقَةً.

(وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخْرِجْهَا مِنَ الدَّارِ لَمْ يُقْطَعْ لِأَنَّ الدَّارَ كُلَّهَا حِرْزٌ وَاحِدٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الإِخْرَاجِ مِنْهَا، وَلِأَنَّ الدَّارَ وَمَا فِيهَا فِي يَدِ صَاحِبِهَا مَعْنًى فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ عَدَمِ الأَخْذِ فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ فَأَخْرَجَهَا مِنَ المَقْصُورَةِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ) لِأَنَّ كُلَّ مَقْصُورَةٍ بِاعْتِبَارِ سَاكِنِهَا حِرْزٌ عَلَى حِدَةٍ (وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ مِنْ أَهْلِ

قوله: وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً، أي: مالًا، فلذلك جعلها مفعولًا به في **قوله:** فَلَمْ يُخْرِجْهَا، وذكر في «المغرب»: ويسمَّى الشيء المسروق سَرِقة مجازًا، ومنها قول محمد رضي الله عنه: إذا كانت السرقة مصحفاً فلم يخرجها من الدار لم يقطع؛ لأن المال في يد صاحب الدار بعدُ، ولو كان مكان السرقة غصب وهلك في يده قال بعض مشايخنا: لا يضمن لما قلنا، والصحيح أنه يضمن؛ لأن الشرع أوجب الضمان بالأخذ وقد وجد، ولو ثبتَ النقصان من هذا الوجه فالنقصان في باب الغصب يتحمل؛ لأن الواجب فيه يجب مجامعًا للشبهات بخلاف السرقة.

قوله: فَإِنْ كَانَتْ دَارٌ فِيهَا مَقَاصِيرُ، أي: حجرات وبيوت.

قوله: وَإِنْ أَغَارَ إِنْسَانٌ، أي: أخذ بسرعة، **وقوله:** فَسَرَقَ مِنْهَا، فالفاء لتفسير الإغارة، قال صاحب «المغرب»: أَغَارَ، لفظ شمس الأئمَّة الحلوانِي، والصميري، وأمَّا لفظ محمد رضي الله عنه: وإن أعان إنسان من أهل المقاصير إنساناً على متاع من يسكن مقصورة أخرى، ولفظ شمس الأئمَّة السرخسي كذلك، وكأنه أصح؛ لأن الإغارة في باب السرقة غير لائقة؛ لأن السرقة أخذ مال في خفاء وحيلة، فلذلك يسمَّى السارق به؛ لأنه يسارق عين المسروق منه، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرةً ومغالبةً، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: فَأَخْرَجَهَا مِنَ المَقْصُورَةِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ، قالوا: هذا في الدار العظيمة

المَقَاصِيرِ عَلَى مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْهَا قُطِعَ) لِمَا بَيَّنَّا.

(وَإِذَا نَقَبَ اللِّصُّ البَيْتَ فَدَخَلَ وَأَخَذَ المَالَ وَنَاوَلَهُ آخَرَ خَارِجَ البَيْتِ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ الأَوَّلَ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الإِخْرَاجُ لِاعْتِرَاضِ يَدٍ مُعْتَبَرَةٍ عَلَى المَالِ قَبْلَ خُرُوجِهِ، وَالثَّانِي لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ هَتْكُ الحِرْزِ فَلَمْ تَتِمَّ السَّرِقَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: إِنْ أَخْرَجَ الدَّاخِلُ يَدَهُ وَنَاوَلَهَا الخَارِجَ فَالقَطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ، وَإِنْ أَدْخَلَ الخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاوَلَهَا مِنْ يَدِ الدَّاخِلِ فَعَلَيْهِمَا القَطْعُ، وَهِيَ بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى. (وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ) وَقَالَ

يستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار، وإنَّما ينتفعون بالصحن انتفاع السكة نحو دار عتاب[1]، ودار بكار[2]، وأمَّا إذا كانت دونها بحيث لا يستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار، بل ينتفعون بها انتفاع المنازل فهي بمنزلة دارٍ واحدةٍ فلا يقطع، كذا في «الجامع الصغير» لقاضي خان وغيره.

قوله: وَهِيَ بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةٍ تَأْتِي بَعْدَ هَذَا، وهي مسألة نقب البيت.

قوله: وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ، ولو وضع الداخل المال عند النقب

(١) هي: دار عتاب بن أسيد رضي الله عنه التي فيها أصحاب الحُمر إلى جانب دار أبان بن عثمان ويقال لها: دار القسرى في الزقاق، وكان على بابها كتاب أبي عثمان ...، ودار عتاب أيضاً اسم محلة ببخارى، منها الإمام زين الدين، أبو القاسم، أحمد بن محمد بن عثمان العتابي، البخاري، مصنف «الجامع الكبير»، و«الجامع الصغير»، و«الزيادات»، و«كتاب التفسير»، لازمه شمس الأئمة محمد بن عبد الستار الكردري وأكثر عنه، ومات (سنة ٥٨٦ هـ).

انظر: أخبار مكة للفاكهي المكي (٣/ ٢٥٢)، والإكمال لابن ماكولا (٦/ ٣٨١-٣٨٢).

(٢) هي: دار بكار بن رباح مولى الأخنس بن شَرِيق، كانت بقرب جمرات الشياطين، وموضع الاستراحة لمن يريد رمي الجمار أو يرجع منه.

انظر: الزيادات في كتاب الجود والسخاء للطبراني (ص: ٢٦٥) حديث رقم (٣٥).

زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْطَعُ لِأَنَّ الإلقَاءَ غَيْرُ مُوجِبٍ لِلْقَطْعِ كَمَا لَوْ خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْ، وَكَذَا الأَخْذُ مِنَ السِّكَّةِ كَمَا لَوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ، وَلَنَا أَنَّ الرَّمْيَ حِيلَةٌ يَعْتَادُهَا السُّرَّاقُ لِتَعَذُّرِ الخُرُوجِ مَعَ المَتَاعِ، أَوْ لِيَتَفَرَّغَ لِقِتَالِ صَاحِبِ الدَّارِ أَوْ لِلْفِرَارِ وَلَمْ تَعْتَرِضْ عَلَيْهِ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ،

ثم خرجَ وأخذه لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يقطع، قيل: ولو كان في الدار نهر جار فرُمي بالمتاع في النهر ثم خرج وأخذه، إن خرج بقوَّة الماء لا يقطع؛ لأنه لم يخرج، وإن خرج بتحريكه الماءَ قطع؛ لأنه أخرج، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

ولكن ذكر في «المبسوط» في إخراج الماءِ بقوة جريه: الأصح أنه يلزم القطع؛ لأن جري الماء به كان بسبب إلقائه في النهر فيصير الإخراج مضافاً إليه في هذا الوجه، وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكناً من دفع صاحب البيت، فلا يجوز أن يجعل مسقطاً للحد عنه.

قوله: وَكَذَا الأَخْذُ مِنَ السِّكَّةِ كَمَا لَوْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ، أي: أخذ السارق المالَ من السكة غير موجب للقطع، كما إذا ألقى السارق المال من البيت إلى السكة فأخذه غيره لا يجب القطع؛ وذلك لأن السارق خرج من الحرز ولا مال في يده فلا يجب القطع.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الرَّمْيَ حِيلَةٌ، ليكون مستعدًا لدفع صاحب البيت في بيته، فاكتسابه زيادة حيلة لا يكون مسقطاً للقطع عنه، وحاصله أن يده ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى على يده، ألا ترى أنَّ من سقط منه مال فأخذه ليرده على صاحبه ثم ردَّه إلى موضعه لم يضمن؛ لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكماً، فرده إلى ذلك الموضع بمنزلة ردِّه على صاحبه، وإذا ثبت بقاء يده حكماً وقد تقرر ذلك بالأخذ الثاني فكان مستوجبًا للقطع، كذا في «المبسوط».

وقوله: وَلَمْ تَعْتَرِضْ عَلَيْهِ يَدٌ مُعْتَبَرَةٌ، جوابٌ عن قوله: كما لو أخذ غيره، فإن هناك اعترض عليه يد معتبرة فأوْجَب سقوط اليد الحكمية للسارق، فلمَّا لم تسقط يده الحكمية هاهنا لم يرد ما ذكره زفر رضي الله عنه، فإنه خرج من الحرز ولا مال في يده.

فَاعْتُبِرَ الكُلُّ فِعْلًا وَاحِدًا، فَإِذَا خَرَجَ وَلَمْ يَأْخُذْهُ فَهُوَ مُضَيِّعٌ لا سَارِقٌ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ فَسَاقَهُ وَأَخْرَجَهُ) لِأَنَّ سَيْرَهُ مُضَافٌ إِلَيْهِ لِسَوْقِهِ (وَإِذَا دَخَلَ الحِرْزَ جَمَاعَةٌ فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الأَخْذَ قُطِعُوا جَمِيعًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ:

قوله: فَاعْتُبِرَ الكُلُّ فِعْلًا وَاحِدًا، أي: جعل إلقاؤه في الطريق ثم أخذه منه بمنزلة فعل واحدٍ، كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد، فكذا هنا.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الحِرْزَ جَمَاعَةٌ، إلى أن قال: قُطِعُوا، وإنَّما وضع المسألة في دخول جميعهم؛ لأنهم إذا اشتركوا أو اتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحدٌ منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه، وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم، ولم يقطع هاهنا غير الداخل وإن كان غيره يعاونونه، كما في مسألة الكتاب غير الحامل يعاون الحامل، كذا في «المبسوط».

قوله: قُطِعُوا جَمِيعًا، فإن قلتَ: ينبغي أن لا يقطع غير الذي تولى أخذ المال والإخراج؛ لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالأخذ والإخراج، وغير الذي يوليهما غيرُ آخذ للمال لا حقيقةً ولا حكماً، أمَّا حقيقةً فظاهرٌ؛ لأنهم لم يأخذوا، وأمَّا حكماً فإنَّهم لو نازعوا الأخذ الذي هو الحامل في ذلك المال المحمول كان القول قول الحامل لا قولهم، فلمَّا لم يوجد منهم الأخذ لا حقيقةً ولا حكماً كيف يقطعون؟

قلتُ: هذا الذي ذكرته هو مفزع الخصم، ولكن الوجه لعلمائنا رحمهم الله ما أشار إليه في الكتاب، بيانه أنَّهم لمَّا اشتركوا في هتك الحرز صار المال مخرجًا بمعاونتهم؛ لما أنَّ هذه زيادة حيلة معروفة بين السراق، وهي أن يباشر حمل المتاع واحد منهم، وأصحابه يكونون من ورائه مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم، فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطاً للحد، وعلى قود هذا التعليل كان ينبغي أن يجب القطع عليهم فيما إذا دخل واحد منهم وأخرج المال بمعاونتهم، لكن لمَّا لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بِهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم؛ لما أن كمال هتك الحرز إنما يكون بالدخول، إلى

هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَالقِيَاسُ أَنْ يُقْطَعَ الحَامِلُ وَحْدَهُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ الإِخْرَاجَ وُجِدَ مِنْهُ فَتَمَّتِ السَّرِقَةُ بِهِ، وَلَنَا أَنَّ الإِخْرَاجَ مِنَ الكُلِّ مَعْنًى لِلْمُعَاوَنَةِ كَمَا فِي السَّرِقَةِ الكُبْرَى، وَهَذَا لِأَنَّ المُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَهُمْ أَنْ يَحْمِلَ البَعْضُ المَتَاعَ وَيَتَشَمَّرَ البَاقُونَ لِلدَّفْعِ، فَلَوِ امْتَنَعَ القَطْعُ لَأَدَّى إِلَى سَدِّ بَابِ الحَدِّ.

قَالَ: (وَمَنْ نَقَبَ البَيْتَ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخَذَ شَيْئًا لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الإِمْلَاءِ أَنَّهُ يُقْطَعُ لِأَنَّهُ أَخْرَجَ المَالَ مِنَ الحِرْزِ وَهُوَ المَقْصُودُ فَلَا يُشْتَرَطُ الدُّخُولُ فِيهِ، كَمَا إِذَا أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرَفِيِّ فَأَخْرَجَ الغِطْرِيفِيَّ، وَلَنَا أَنَّ

هذا أشار في «المبسوط».

قالوا: هذا إذا كان الآخذ الحامل ممَّن يجب عليه القطع عند الإنفراد بأن كان عاقلًا بالغًا، وأمَّا إذا كان الآخذ الحامل صبيًّا أو مجنونًا لا يقطع واحد منهم؛ لأن غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل، فإذا لم يجب الحد على من هو أصل كيف يجب على من هو تبع؟ وإن كان الذي ولي الحمل والإخراجَ واحد من الكبراء، أي: فيما إذا كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ،[1] فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، لا قطع على واحدٍ منهم؛ لأن الفعل من الكل واحدٌ، وقد تمكَّنت الشبهة في فعل واحدٍ منهم فلا يجب القطع على الباقين، وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يجب القطع إلا على الصبي والمجنون، كذا في «الذخيرة»، و«المحيط».

قوله: وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وقول الشافعي أيضًا، ذكره في «المبسوط».

الغِطْرِيفِيُّ: هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكِندي أمير خراسان أيَّام الرشيد، والدراهم الغطريفيَّة كانت من أعزِّ النقود ببخارى، كذا في «المغرب».

وجه ظاهر الرواية ما رُوي عن عليٍّ رضي الله عنه قال: اللصُّ إذا كان ظريفًا لا يقطع،

---

(١) قوله: (أي: فيما إذا كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ)، لا يوجد هذا النص في بعض النسخ.

هَتْكَ الحِرْزِ يُشْتَرَطُ فِيهِ الكَمَالُ تَحَرُّزًا عَنْ شُبْهَةِ العَدَمِ وَالكَمَالِ فِي الدُّخُولِ، وَقَدْ أَمْكَنَ اعْتِبَارُهُ وَالدُّخُولُ هُوَ المُعْتَادُ، بِخِلَافِ الصُّنْدُوقِ لِأَنَّ المُمْكِنَ فِيهِ إِدْخَالُ اليَدِ دُونَ الدُّخُولِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنْ حَمْلِ البَعْضِ المَتَاعَ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ المُعْتَادُ. قَالَ: (وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِنَ الكُمِّ لَمْ يُقْطَعْ، وَإِنْ أَدْخَلَ يَدَهُ فِي الكُمِّ يُقْطَعُ) لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ الرِّبَاطَ مِنْ خَارِجٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخْذُ مِنَ الظَّاهِرِ فَلَا يُوجَدُ هَتْكُ الحِرْزِ، وَفِي الثَّانِي الرِّبَاطُ مِنْ دَاخِلٍ، فَبِالطَّرِّ يَتَحَقَّقُ الأَخْذُ مِنَ الحِرْزِ وَهُوَ الكُمُّ،

قيل: وكيف ذلك؟ قال: أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله؛ ولأن هتك الحرز معتبر بإيجاب القطع، وشرط الحد وسببه يراعى وجوده بأكمل الجهات، وأكمل جهة هتك الحرز في البيوت أن يدخلها، فلا يلزمه القطع بدون ذلك.

وأمّا الجواب عن **قوله**: لِأَنَّهُ أَخْرَجَ المَالَ مِنَ الحِرْزِ وَهُوَ المَقْصُودُ، فقلنا كما أن أخذ المال مقصود فدخول الحرز أيضًا مقصود، ألا ترى أن من الجهال من يقصد ذلك إظهارًا للجلادة من نفسه والاستخفاف بصاحب الحرز، وإن لم يكن له قصدٌ إلى أخذ ماله، كذا في «المبسوط».

الطرَّار: هو الذي يطرأ الهمايين، أي: يشقها ويقطعها.

الصُّرَّة: وعاء الدراهم، يقال: صررتُ الصرَّة، أي: شددتها، والمراد من الصرَّة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم.

وفي **قوله**: وَإِنْ طَرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِنَ الكُمِّ لَمْ يُقْطَعْ، دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرَّار يقطع ليس بمجرى على عمومه، بل هو محمول على الصورة الثانية، وهي ما إذا أدخل يده في الكم فطرَّها، أو هو محمول على قول أبي يوسف، فإن على قوله يقطع الطرَّار والحالُّ في الصور كلها.

قوله: فَلَا يُوجَدُ هَتْكُ الحِرْزِ، وهو إدخال اليد في الكم وإخراج الدَّراهم منه.

وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الطَّرِّ حَلُّ الرِّبَاطِ.

ثُمَّ الأَخْذُ فِي الوَجْهَيْنِ يَنْعَكِسُ الجَوَابُ لِانْعِكَاسِ العِلَّةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ إِمَّا بِالكُمِّ أَوْ بِصَاحِبِهِ، قُلْنَا: الحِرْزُ هُوَ الكُمُّ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ قَطْعُ المَسَافَةِ أَوِ الِاسْتِرَاحَةِ فَأَشْبَهَ الجُوَالِقَ.

(وَإِنْ سَرَقَ مِنَ القِطَارِ بَعِيرًا أَوْ حِمْلًا لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُحَرَّزٍ مَقْصُودًا فَتَتَمَكَّنُ شُبْهَةُ العَدَمِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّائِقَ وَالقَائِدَ وَالرَّاكِبَ يَقْصِدُونَ قَطْعَ المَسَافَةِ وَنَقْلَ

قوله: ثُمَّ الأَخْذُ فِي الوَجْهَيْنِ - أي: من الخارج والداخل، ففي الأخذ من الخارج لا يجب القطع، وفي الأخذ من الداخل يجب القطع - يَنْعَكِسُ الجَوَابُ، يعني: فيما إذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع؛ لأنه لمَّا حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم، فاحتاج في أخذ الدراهم إلى إدخال اليد في الكم، فلمَّا أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز، بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل الكم فإنه لا يقطع؛ لأنه لمَّا حلَّ الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة، فكان الآخذ آخذًا للدراهم خارج الكم فلا يقطع؛ لأنه لم يهتك الحرز في أخذ المال؛ لأنه وإن أدخل اليد في الكم إنَّما أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من الكم، فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئًا وهناك لا يجبُ القطع، فكذلك هاهنا.

قوله: لِانْعِكَاسِ العِلَّةِ، فإن الرباط إذا كان خارج الكمِّ ففي صورة الطرِّ لا يقطع؛ لأنه يأخذ الدراهم من خارج الكم، وأمَّا في صورة حل الرباط يقطع؛ لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكم، وأمَّا إذا كان الرباط داخل الكمِّ ففي صورة الطرِّ يقطع؛ لأنه يأخذ الدراهم من داخل الكمِّ، وفي صورة حل الرباط لا يقطع؛ لأنه يأخذ الدراهم من خارج الكمِّ على ما ذكرنا، إلى هذا أشار في «المحيط»، وشروح «الجامع الصغير».

قوله: قُلْنَا: الحِرْزُ هُوَ الكُمُّ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُهُ، أي: لأن صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ

الأَمْتِعَةِ دُونَ الحِفْظِ، حَتَّى لَوْ كَانَ مَعَ الأَحْمَالِ مَنْ يَتْبَعُهَا لِلْحِفْظِ قَالُوا يُقْطَعُ.

(وَإِنْ شَقَّ الحِمْلَ وَأَخَذَ مِنْهُ قُطِعَ) لِأَنَّ الجُوَالِقَ فِي مِثْلِ هَذَا حِرْزٌ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِوَضْعِ الأَمْتِعَةِ فِيهِ صِيَانَتَهَا كَالكُمِّ فَوُجِدَ الأَخْذُ مِنَ الحِرْزِ فَيُقْطَعُ.

(وَإِنْ سَرَقَ جُوَالِقًا فِيهِ مَتَاعٌ وَصَاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أَوْ نَائِمٌ عَلَيْهِ قُطِعَ) وَمَعْنَاهُ إِنْ كَانَ الجُوَالِقُ فِي مَوْضِعٍ هُوَ لَيْسَ بِحِرْزٍ كَالطَّرِيقِ وَنَحْوِهِ حَتَّى يَكُونَ مُحَرَّزًا بِصَاحِبِهِ

المال لا قيام نفسه عند المال، كالبيت إذا أحرز به المال كان المال محرزًا بالبيت لا بصاحب البيت على ما ذكرنا في مسألة الحمام؛ لأنه لمَّا كان المكان حرزًا له لا يعتبر الإحراز بالحافظ، فكذلك هاهنا كان المال محرزًا بالكم لا بصاحب الكم؛ لأن قصد صاحب الكم من وجوده عند المال ليس حفظ المال[1]، بل هو لا يخلو من أحد الأمرين: إمَّا أن كان هو في حالة المشي أو في غير حالة المشي، فإن كان في حالة المشي فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان في غير حالة المشي فمقصوده الاستراحة لا حفظ المال، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب، ألا ترى أن من شقَّ الجوالق الذي على إبل تسير فأخذ الدراهم من الجوالق يقطع؛ لأن صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزًا لها، فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكًا للحرز فيقطع، ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على إبل تسير لا يقطع؛ لأن السائق أو القائد إنما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ، فلم تصر الجوالق محرزًا به مقصودًا.

وكذلك في الغنم إذا كانت في المرعى فسارقها لا يقطع وإن كان معها الراعي؛ لأن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ، وإنما يقصد به الرعي والحفظ تبع فلم يصلح للقطع حتى يكون الحفظ مقصودًا، بخلاف ما إذا كانت الغنم في بيت الليل، أو أتت إليه الغنم وهو بُني لها وعليه باب مغلق فكسره ودخل وأخذ منه شاة يقطع، لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وما أواه الجرين ففيه القطع»؛ ولأنه بنى ذلك البيت لأجل حفظ الغنم، إلى هذا أشار فخر الإسلام

(١) في نسخة فيض الله أفندي – الأولى (ف١): من وجوده عند الدراهم ليس حفظ الدراهم.

لِكَوْنِهِ مُتَرَصِّدًا لِحِفْظِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الحِفْظُ الْمُعْتَادُ وَالجُلُوسُ عِنْدَهُ وَالنَّوْمُ عَلَيْهِ يُعَدُّ حِفْظًا عَادَةً وَكَذَا النَّوْمُ بِقُرْبٍ مِنْهُ عَلَى مَا اخْتَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَذُكِرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، وَصَاحِبُهُ نَائِمٌ عَلَيْهِ أَوْ حَيْثُ يَكُونُ حَافِظًا لَهُ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ القَوْلِ المُخْتَارِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

في «الجامع الصغير»، وصاحب «المحيط» رحمهما الله.

قطَّر الماء صبَّه تقطيرًا، والقِطار: الإبل تقطر على نسق واحد، والجمع قطر، ومنه: تقاطر القوم، إذا جاؤوا أرسالًا[1]، كذا في «الصحاح»، و«المغرب».

قوله: وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قَدَّمْنَاهُ مِنَ القَوْلِ المُخْتَارِ، وهو **قوله**: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحَافِظُ مُسْتَيْقِظًا، إلى **قوله**: هُوَ الصَّحِيحُ، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط): أرسالًا: جمع الرَّسَل بالتحريك وهو القطيع من الإبل والغنم، ويقال: جاءت الخيل أرسالًا، أي: قطيعًا قطيعًا.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القَطْعِ وَإِثْبَاتِهِ

قَالَ: (وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَيُحْسَمُ) فَالقَطْعُ لِمَا تَلَوْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاليَمِينُ بِقِرَاءَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَمِنَ الزَّنْدِ لِأَنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُ اليَدَ إِلَى الإِبِطِ، وَهَذَا المَفْصِلُ: أَعْنِي الرُّسْغَ مُتَيَقَّنٌ بِهِ، كَيْفَ وَقَدْ صَحَّ أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ

فصل في كيفية القطع وإثباته

لمَّا ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته، وهذا الفصل في بيانه.

قوله: وَيُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ، الزَّند مَوْصل طرف الذراع في الكف، كذا في «الصحاح».

وقال الخوارج: تقطع يمين السارق من المنكب؛ لأن اليد اسم للجارحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط.

وقال بعض الناس: المستحق قطع الأصابع فقط؛ لأن بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها.

قلنا: هذا مخالف للنص، فالمنصوص قطع اليد واليد قد تكون من الرُّسغ، وقد تكون من المرفق، وقد تكون من المنكب، ولكن هذا الإبهام زال ببيان رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، فإنه أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ السَّارِقِ مِنَ الرسغ؛ ولأن هذا القدر متيقَّن به وفي العقوبات إنما يؤخذ بالمتقين به، كذا في «المبسوط».

الحسم: من حَسَمَ العرقَ، كواه بحديدةٍ محماةٍ لئلَّا يسيل دمه، كذا بخط الإمام

الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - أَمَرَ بِقَطْعِ يَدِ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ، وَالحَسْمُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «فَاقْطَعُوهُ وَاحْسِمُوهُ» وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْسَمْ يُفْضِي إِلَى التَّلَفِ وَالحَدُّ زَاجِرٌ لا مُتْلِفٌ. (فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، فَإِنْ سَرَقَ ثَالِثًا لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ فِي السِّجْنِ حَتَّى يَتُوبَ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ وَيُعَزَّرُ أَيْضًا، ذَكَرَهُ المَشَايِخُ رَحِمَهُمُ اللهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِي الثَّالِثَةِ تُقْطَعُ يَدُهُ اليُسْرَى، وَفِي الرَّابِعَةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ اليُمْنَى لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «مَنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ، فَإِنْ عَادَ فَاقْطَعُوهُ» وَيُرْوَى مُفَسَّرًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلِأَنَّ الثَّالِثَةَ مِثْلُ الأُولَى فِي كَوْنِهَا جِنَايَةً بَلْ فَوْقَهَا فَتَكُونُ أَدْعَى إِلَى شَرْعِ الحَدِّ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهِ: إِنِّي لَأَسْتَحِي مِنَ اللهِ تَعَالَى أَنْ لا أَدَعَ لَهُ يَدًا يَأْكُلُ بِهَا وَيَسْتَنْجِي بِهَا وَرِجْلًا يَمْشِي عَلَيْهَا، وَبِهَذَا حَاجَّ بَقِيَّةَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - فَحَجَّهُمْ فَانْعَقَدَ إِجْمَاعًا،

الزرنوجي رحمه الله.

قوله: فَإِنْ سَرَقَ ثَانِيًا قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، وحاصله أنه لا يقطع عندنا اليد اليسرى على أيِّ حال كان ولا رجله اليمنى، وإنَّما تقطع اليد اليمنى ابتداءً ثمَّ الرجل اليسرى، ثم يعزر بعد ذلك ويحبس.

قوله: وَفِي الرَّابِعَةِ تُقْطَعُ رِجْلُهُ اليُمْنَى، ثم إنَّ عند الشافعي بعد الرابعة يحبس، وعند أصحاب الظواهر في المرَّة الخامسة يقتل، كذا في «المبسوط».

قوله: وَيُرْوَى مُفَسَّرًا، وهو في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم قال: «في المرَّة الأولى ذكر قطع اليد اليمنى، وفي الثانية الرجل اليسرى، وفي الثالثة اليد اليسرى، وفي الرابعة الرجل اليمنى»، كذا في «المبسوط».

قوله: فَحَجَّهُمْ، أي: غلبهم بالحجة، يقال: حاجَّه فحجَّه، أي: ناظره بالحجة فغلبه بها.

وَلِأَنَّهُ إِهْلَاكٌ مَعْنًى لِمَا فِيهِ مِنْ تَفْوِيتِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ وَالْحَدُّ زَاجِرٌ، وَلِأَنَّهُ نَادِرُ الْوُجُودِ وَالزَّجْرُ فِيمَا يَغْلِبُ وُقُوعُهُ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَبْدِ فَيُسْتَوْفَى مَا أَمْكَنَ جَبْرًا لِحَقِّهِ، وَالْحَدِيثُ طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ.

(وَإِذَا كَانَ السَّارِقُ أَشَلَّ الْيَدِ الْيُسْرَى أَوْ أَقْطَعَ أَوْ مَقْطُوعَ الرِّجْلِ الْيُمْنَى لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ بَطْشًا أَوْ مَشْيًا، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى شَلَّاءَ لِمَا قُلْنَا (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ إِبْهَامُهُ الْيُسْرَى مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَّاءَ أَوِ الْأُصْبُعَانِ مِنْهَا سِوَى الْإِبْهَامِ) لِأَنَّ قِوَامَ الْبَطْشِ بِالْإِبْهَامِ (فَإِنْ كَانَتْ أُصْبُعٌ وَاحِدَةٌ سِوَى الْإِبْهَامِ مَقْطُوعَةً أَوْ شَلَّاءَ قُطِعَ) لِأَنَّ فَوَاتَ الْوَاحِدَةِ لا يُوجِبُ خَلَلًا ظَاهِرًا فِي الْبَطْشِ، بِخِلَافِ فَوَاتِ الْأُصْبُعَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَتَنَزَّلَانِ مَنْزِلَةَ الْإِبْهَامِ فِي نُقْصَانِ الْبَطْشِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَ هَذَا فِي سَرِقَةٍ سَرَقَهَا فَقَطَعَ يَسَارَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، وَقَالَا لا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْخَطَأِ

قوله: طَعَنَ فِيهِ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ، فقال الطحاوي: تتبّعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلًا، أشار بها إلى ما رواه الشافعي من الأحاديث في تصحيح دعواه هذه.

قوله: أَوْ نَحْمِلُهُ عَلَى السِّيَاسَةِ، أو على الانتساخ؛ لأنه يحتمل أن يكون هذا في الابتداء فقدكان في الحدود تغليظ في الابتداء، ألا ترى أنه قطع الأيدي والأرجل من العرنيين وسَمَل أعيُنهم، ثم انتسخ ذلك باستقرار الحدود، كذا في «المبسوط».

الْحَدَّادُ: الذي يقيم الحد فاعلٌ منه، كالجلاد من الجلد، كذا في «المغرب».

قوله: وَإِذَا قَالَ الْحَاكِمُ لِلْحَدَّادِ اقْطَعْ يَمِينَ هَذَا، إنما قيّد **بقوله**: يَمِينَ هَذَا؛ لأنه إذا قال: اقطع يده مطلقاً فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق؛ لأنه فعل ما أمره،

وَيَضْمَنُ فِي العَمْدِ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ فِي الخَطَأِ أَيْضًا وَهُوَ القِيَاسُ، وَالمُرَادُ بِالخَطَأِ هُوَ الخَطَأُ فِي الاجْتِهَادِ، وَأَمَّا الخَطَأُ فِي مَعْرِفَةِ اليَمِينِ وَاليَسَارِ لَا يُجْعَلُ عَفْوًا، وَقِيلَ يُجْعَلُ عُذْرًا أَيْضًا، لَهُ أَنَّهُ قَطَعَ يَدًا مَعْصُومَةً وَالخَطَأُ فِي حَقِّ العِبَادِ غَيْرُ مَوْضُوعٍ فَيَضْمَنَا، قُلْنَا إِنَّهُ أَخْطَأَ فِي اجْتِهَادِهِ، إِذْ لَيْسَ فِي النَّصِّ تَعْيِينُ اليَمِينِ، وَالخَطَأُ فِي الاجْتِهَادِ مَوْضُوعٌ، وَلَهُمَا أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مَعْصُومًا بِغَيْرِ حَقٍّ وَلَا تَأْوِيلٍ لِأَنَّهُ تَعَمَّدَ الظُّلْمَ فَلَا يُعْفَى وَإِنْ كَانَ فِي المُجْتَهَدَاتِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ القِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ لِلشُّبْهَةِ.

لأنه أمره بقطع اليد واليسرى يدٌ فلا ضمان عليه، كذا في «شرح الطحاوي».

ثم ذكر هاهنا الحكم المرتب على ما ذكره الحاكم، ولم يذكر حكم ما إذا لم يقل له: اقطع، بعد حكمه والحداد قطع يمينه، وقد ذكر في «المبسوط»: وإن حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير إذن الإمام فلا شيء عليه؛ لأنه سقطت قيمة يده بقضاء الإمام عليه بالقطع، فالقاطع استوفى يدًا لا قيمة لها فلم يكن ضامنًا لكن الإمام يرد به على ذلك؛ لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمر الإمام به.

قوله: بِغَيْرِ حَقٍّ؛ لأن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضًا لم يقطع يسار أحد ليكون حق قطع اليسار قصاصًا.

قوله: وَلَا تَأْوِيلٍ، حيث لم يخطء؛ لأن الكلام فيما إذا تعمد في قطع اليسار.

قوله: فَلَا يُعْفَى، كما لو قطع أنفه أو رجله.

قوله: وَإِنْ كَانَ فِي المُجْتَهَدَاتِ، لأن المجتهد لا يعذر إذا أخطأ فيما إذا كان الدليل ظاهرًا كالحكم بحل المتروك التسمية عمدًا، إلا أنه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى: ﴿فَاقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، فإن ظاهرها يوجب تناول اليدين جميعًا فصار شبهة في حق القصاص؛ إذ القصاص لا يثبت بالشبهة، بخلاف ضمان المال.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ مِنْ جِنْسِهِ مَا هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ فَلَا يُعَدُّ إِتْلَافًا كَمَنْ شَهِدَ عَلَى غَيْرِهِ بِبَيْعِ مَالِهِ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ ثُمَّ رَجَعَ، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الحَدَّادِ لا يَضْمَنُ أَيْضًا هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ أَخْرَجَ السَّارِقُ يَسَارَهُ وَقَالَ هَذِهِ يَمِينِي لا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِأَمْرِهِ، ثُمَّ فِي العَمْدِ عِنْدَهُ عَلَيْهِ ضَمَانُ المَالِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَعْ حَدًّا،

ثم في قوله: أَنَّهُ أَتْلَفَ وَأَخْلَفَ، إلى قوله: فَلَا يُعَدُّ إِتْلَافًا، جواب لجميع ما ذكرا، فلذلك لم يشتغل بجواب ما قالاه، وإنما قلنا: أنه أخلف؛ لأنه لمَّا قطع يساره سلمت يمينه عن القطع؛ لأن مقطوع اليد اليسرى لا تقطع يده في السرقة، فكانت سلامة يده اليمنى حاصلة بسبب قطعه اليد اليسرى، فكان هو مُخْلِفاً اليد اليمنى.

قوله: وَعَلَى هَذَا، إشارة إلى ما ذكره أبو حنيفة في التعليل بأنه إن أتلف يساره فقد أخلف من جنسه ما هو خير منه؛ لأن امتناع قطع اليمنى بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمورَ الحاكم أو أجنبيًّا آخر غيرَ المأمور.

قوله: لَوْ قَطَعَهُ غَيْرُ الحَدَّادِ، أي: لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئاً، وبهذا التفسير والحكم صرح فخر الإسلام في «الجامع الصغير».

قوله: هُوَ الصَّحِيحُ، احتراز عمَّا ذكره في «شرح الطحاوي» فقال فيه: وهذا كله إذا قطع الحداد بأمر السلطان، ولو قطع غيرُه يده اليسرى فإن في العمد القصاص وفي الخطأ الدية، وسقط القطع عنه في اليمنى؛ لأنه لو قطع يؤدي إلى الاستهلاك، وترد السرقة إن كان قائمًا، وعليه ضمانه إن كان هالكاً.

قوله: لا يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ قَطَعَهُ بِأَمْرِهِ، ألا ترى أن من قطعَ يد الغير بإذنه من غير أن يكون قطعه مستحقًّا بالسرقة لم يكن ضامنًا شيئاً فهذا أَوْلَى، وإن لم يأمره به فكذلك هاهنا، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ فِي العَمْدِ عِنْدَهُ، أي: عند أبي حنيفة رضي الله عنه، والحكم عندهما أيضًا كذلك؛ لأن وجوب ضمان المال المسروق على السارق باعتبار أن القطع لم يقع حدًّا، وهو

وَفِي الخَطَأِ كَذَلِكَ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الِاجْتِهَادِ لا يَضْمَنُ.

(وَلا يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ فَيُطَالِبُ بِالسَّرِقَةِ)؛ لِأَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِهَا، وَلا فَرْقَ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالإِقْرَارِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي الإِقْرَارِ، لِأَنَّ الجِنَايَةَ عَلَى مَالِ الغَيْرِ لا تَظْهَرُ إِلَّا بِخُصُومَتِهِ، وَكَذَا إِذَا غَابَ عِنْدَ القَطْعِ عِنْدَنَا،

في قولهما أظهر؛ لأنَّهما يوجبان ضمان اليد على الحدَّاد في العمد، وإنَّما خصَّ أبا حنيفة رضي الله عنه في ضمان السارق المال المسروق؛ لأن شبهة عدم وجوب الضمان على السارق إنما ترد على مذهبه؛ لأنه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحدَّاد، فيظن ظانٌّ أن القطع وقع حدًّا عنده، فلا يضمن السارق استدلالًا بعدم وجوب الضمان على الحداد.

قوله: وَفِي الخَطَأِ كَذَلِكَ - أي: يجب ضمان المال على السارق - عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، أي: على طريقة أنَّ القطع لم يقع حدًّا؛ لأن سقوط الضمان في ضمن وقوع القطع حدًّا جزاءً ونكالًا من الله تعالى، فلمَّا لم يقع حدًّا لم يكن القطع حدًّا جزاءً من الله تعالى فلا يسقط الضمان.

قوله: وَعَلَى طَرِيقَةِ الِاجْتِهَادِ لا يَضْمَنُ؛ لأن ذلك لمَّا وقع موقع الحدِّ سقط الضمان؛ لأن القطع حدًّا مع الضمان لا يجتمعان عندنا.

قوله: وَلا يُقْطَعُ السَّارِقُ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ مِنْهُ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: لا حاجة إلى حضرة المسروق منه، وتقبل الشهادة على السرقة حسبةً كالزنا؛ لأن المستحق بكل واحد منهما حدٌّ هو خالص حق الله تعالى.

والشافعي رحمه الله يقول: إذا أقرَّ السارق بالسرقة فلا حاجة إلى حضرة المسروق منه لقطعه، وفي البيّنة لا بد من حضوره ويقول: لأن الشهادة تبتنى على الدعوى في الحال، فما لم يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته، وإن غابَ بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع.

وعندنا لا بدَّ من حضور المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعًا عند الأداء وعند القطع؛ لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحدِّ مع

لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي بَابِ الحُدُودِ.

(وَلِلْمُسْتَوْدَعِ وَالغَاصِبِ وَصَاحِبِ الرِّبَا أَنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُمْ) وَلِرَبِّ الوَدِيعَةِ أَنْ يَقْطَعَهُ أَيْضًا، وَكَذَا المَغْصُوبُ مِنْهُ، وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الغَاصِبِ وَالمُسْتَوْدَعِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ المُسْتَعِيرُ وَالمُسْتَأْجِرُ وَالمُضَارِبُ وَالمُسْتَبْضِعُ وَالقَابِضُ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالمُرْتَهِنُ وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ سِوَى المَالِكِ، وَيُقْطَعُ بِخُصُومَةِ المَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ هؤُلَاءِ،

الشبهة، لجواز أن يردَّ إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقرَّ له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيفاً عنده، ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء؛ لأن الوكيل قائمٌ مقامه، وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير، كذا في «المبسوط».

قولـه: مِنَ القَضَاءِ، خبَرُ لِأَنَّ.

قولـه: وَلِلْمُسْتَوْدَعِ، بفتح الدال، أي: الذي عنده الوديعة.

قولـه: وَصَاحِبِ الرِّبَا، قال في «المحيط»: يحتمل أنه أراد به رجلًا باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبض العشرين، فجاء سارق وسرق العشرين منه تقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب، والمُشْتَرى بشراء فاسد في يد المشتري بمنزلة المغصوب، فكان الجوابُ فيه كالجواب في المغصوب.

ثم ذكر في الكتاب ربّ الوديعة والمغصوب منه ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا؛ لما أنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد، فلا تكون له ولاية الخصومة.

قولـه: وَكُلُّ مَنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ، كمتولي الوقف والأب والوصي.

قولـه: وَيُقْطَعُ بِخُصُومَةِ المَالِكِ فِي السَّرِقَةِ مِنْ هؤُلَاءِ، **وقولـه:** مِنْ هؤُلَاءِ، متعلق **بقولـه:** فِي السَّرِقَةِ، أي: إذا سرقَ السارق من المستعير والمستأجر والمضارب وغيرهم، كان لصاحب المال الذي هو المالك أن يخاصم السارق ويقطع يده، وإن لم تكن السرقة من عنده.

إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ فِي الْمُطَالَبَةِ بِالعَيْنِ بِدُونِهِ، وَالشَّافِعِيُّ بَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ أَنْ لَا خُصُومَةَ لِهؤُلَاءِ فِي الِاسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ، وَزُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ يَقُولُ: وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي حَقِّ الِاسْتِرْدَادِ ضَرُورَةُ الحِفْظِ فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ القَطْعِ لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ الصِّيَانَةِ.

ثم اعلم أن الأصح من النُّسَخ **قوله: إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ**، إلى آخره، وفي بعض النسخ: **قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ أَوْ بَعْدَهُ**، وهذا ليس يصحيح؛ لأن السارق إنما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد، وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين، والذي ذكرتُه من الرواية التي هي الأصح هو موافق لرواية «الإيضاح»، و«المحيط»، فقال في «المحيط»: إذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه؛ لأنه لا سبيلَ له على أخذ الرهن، قال: وإن قضى الراهن الدين فله أن يقطعه؛ لأنه له أن يأخذه، وكذا في «الإيضاح».

ثم المراد من **قوله: حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ**، أي: حال قيام المرهون في يد السارق، وذكر في «المحيط»: فإن كان الرهن مستهلكاً فإن للمرتهن أن يقطع السارق ولا سبيل للراهن عليه؛ لأنه قد بطل عنه الدين.

قوله: لِأَنَّهُ لا حَقَّ لَهُ فِي الْمُطَالَبَةِ بِالعَيْنِ بِدُونِهِ، أي: لا حقَّ للراهن في المطالبة بعين الرهن بدون قضاء الدين، وهذا المعنى إنَّما يستقيم على الرواية الأصح؛ إذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد، فإن عند الشافعي ليس لهم الخصومة في الاسترداد عند جحود من في يديه المال ما لم يحضره المالك، وعندنا لهم ذلك.

قوله: لِأَنَّ فِيهِ تَفْوِيتَ الصِّيَانَةِ؛ وهذا لأن المال مضمونٌ على السارق، فلو استوفى القطع يسقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة، وهم مأمورون بالحفظ والصيانة، فلو قطع السارق بخصومتهم كانوا ساعين لضدِّ ما أمروا به فلذلك لم يقطع السارق بخصومتهم.

وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَقِيبَ خُصُومَةٍ مُعْتَبَرَةٍ مُطْلَقًا إِذِ الِاعْتِبَارُ لِحَاجَتِهِمْ

قوله: وَلَنَا أَنَّ السَّرِقَةَ مُوجِبَةٌ لِلْقَطْعِ فِي نَفْسِهَا، وَقَدْ ظَهَرَتْ عِنْدَ القَاضِي بِحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ وَهِيَ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، إلى آخره.

فإن قلتَ: جميع هذه النكتة منقوضٌ بفصل إقرار السارق ووكيل المالك، فإن السرقة لمَّا كانت موجبة بنفسها ولكن يحتاج في حق القطع إلى ظهورها عند الإمام، وظهورها بأحد شيئين: وهما الإقرار والشهادة، فكما أن الشهادة من الرجلين حجة شرعية فكذلك الإقرار، ثم في فصل الإقرار لا يقطع بدون حضرة المالك وقد مرَّ، فيجب أن يكون هاهنا كذلك، وكذلك لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقام القطع بخصومته عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله لما مرَّ قبيل هذا، وإن أظهر السرقة عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين، وما ذكر هناك من توهم الشبهة حال غيبة المالك موجود هاهنا أيضًا مع ذلك يقطع هاهنا ولا يقطع هناك، فما الفرق بينهما؟

قلتُ: إنما نشأ الفرق بينهما من إزالة اليد بالسرقة من صاحب اليد الصحيحة وعدم إزالتها، ثم هؤلاء أعني المستعير والمستأجر والمضارب وغيرهم أصحاب يد صحيحة، فكانوا كالمالك في حق اليد، فإذا أزيلت يده كان له حق الخصومة في الإعادة؛ وذلك لأن اليد مقصودة كالملك، ألا ترى أن الغاصب يضمن بتفويت اليد؛ لأن صاحب اليد إذا كان أمينًا لا يتمكن من أداء الأمانة إلا بيده، وكذلك إذا كان ضامنًا لا يتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه إلا بيده، وكل منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير، ألا ترى أنه يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره فإنه يقول: سرق مني وأزال يدي، بخلاف الوكيل في هذه المعاني؛ إذ لم يكن له يد، ولا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره، ولا يخاصم باعتبار حقه، فلم يلزم من وجوب القطع هنا وجوبه في خصومة الوكيل.

وأمَّا فصل الإقرار فقد ذكرنا جوابه قبيل هذا بأن فيه شبهة زائدة، وهي جواز أن يردّ المالك إقراره فيبقى المال مملوكًا لمن في يده، فلو قطع قبل حضوره كان استيفاء الحدِّ مع

إِلَى الِاسْتِرْدَادِ فَيَسْتَوْفِي القَطْعَ، وَالمَقْصُودُ مِنَ الخُصُومَةِ إِحْيَاءُ حَقِّهِ وَسُقُوطُ العِصْمَةِ ضَرُورَةُ الِاسْتِيفَاءِ فَلَمْ يُعْتَبَرْ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِشُبْهَةٍ مَوْهُومَةِ الِاعْتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤْتَمَنُ،

الشبهة، وأمَّا هاهنا لمَّا ظهرت السرقة بدعوى صحيحة من صاحب اليد الصحيحة لم تعتبر تلك الشبهة المتوهمة.

قوله: وَسُقُوطُ العِصْمَةِ ضَرُورَةُ الِاسْتِيفَاءِ، جواب عن تعليل زفر رضي الله عنه بأن فيه تفويت الصيانة، وتفسيره هو أن الإمام لمَّا استوفى القطع حقًّا لله تعالى سقط الضمان من ضرورته، فلا يصير المودع مسقطاً للضمان، ثم سقوط الضمان ضمنًا لقطع اليد لا يكون هذا تضييعًا للمال، بل يكون صيانةً أشد الصيانة؛ وذلك لأن السارق إذا علم أنه لا يقطع بخصومة المودع حال غيبة المالك يجترئ على سرقة الوديعة، فلتحقيق الزجر يقطع الإمام يده بخصومته، فكان هو حينئذٍ حفظاً حكماً لا تضييعًا، كما أن الله تعالى وصفَ القصاص بأنه حياة مع أنه إماتة في الحقيقة، ولكن طريقه ما قلنا بأن في القصاص حياة معنًى من حيث الشرع والاستيفاء لما عُرف، فكذلك هاهنا كان في القطع بخصومة هؤلاء صيانةً لا تضييع، وإن كان يسقط الضمان ولكن هو في ضمن القطع لا قصدًا والاعتبار للمتضمِّن لا للمتضمَّن.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِشُبْهَةٍ مَوْهُومَةِ الِاعْتِرَاضِ، جواب سؤال مقدَّر بأن يقال: ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مرَّ في مسألة قبيل هذا، حيث يشترط هناك حضرة المالك لاحتمال أنه لو حضر عسى يعترف بأن هذا المسروق كان للسارق فقال: هذه شبهة موهومة فلا يعتبر بها.

قوله: كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤْتَمَنُ، فإن فيه شبهة موهومة أيضًا، وهي أن يحضر المؤتمن ويقول: إنه كان ضيفاً عندي في الوقت الذي سرق ذلك المال، ومع ذلك لم يشترط حضرة المؤتمن فكذا لا يشترط حضرة المالك، ألا ترى أن القطع يستوفى بالإقرار وإن كان يتوهم اعتراض الرجوع من المقرِّ؛ لما أن المؤثر من الشبهات شبهة يتوهم وجودها في الحال، لا ما يتوهم اعتراضها، هذا كله ممَّا أشار إليه في «المبسوط».

فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَإِنْ كَانَتْ شُبْهَةُ الإِذْنِ فِي دُخُولِ الحِرْزِ ثَابِتَةً. (وَإِنْ قُطِعَ سَارِقٌ بِسَرِقَةٍ فَسُرِقَتْ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ الثَّانِي) لِأَنَّ المَالَ غَيْرُ مُتَقَوِّمٍ فِي حَقِّ السَّارِقِ حَتَّى لا يَجِبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالهَلَاكِ فَلَمْ تَنْعَقِدْ مُوجِبَةً فِي نَفْسِهَا، وَلِلْأَوَّلِ وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ

قوله: فَإِنَّهُ يُقْطَعُ بِخُصُومَتِهِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، وقيد بظاهر الرواية احترازًا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فإنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المودع، هكذا ذكر في «المنتقى»؛ لأن السارق لم يسرق من المالك، وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره، كذا في «المحيط»، و«الإيضاح».

قوله: لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أَنْ يَقْطَعَ، وحاصله أن المال إذا سرق من السارق فلا يخلو: فإن كانت السرقة الثانية قبل قطع الأول، فالسارق الأول بمنزلة الغاصب يقطع الثاني بخصومة الأول، وإن كان الأول قد قطعت يده فالسرقة بعد لم تتم موجبة للقطع؛ لأنه لا معتبر بيد السارق الأول بعد ما قطعت يده، فإن يده ليست بيد أمانة، ولا يد ضمان ولا ملك، ولهذا لا يكون له حق الخصومة في الاسترداد، ولو حضر المالك لم يكن له أن يستوفي القطع من الثاني، بخلاف مسألة الوديعة فإن هناك لكل واحدٍ من المالك والمودع ولايةَ الخصومة والقطع، وحصل من هذا أن عدم وجوب القطع على السارق الثاني إذا سرق بعد ما قطعت يد السارق الأول لوجهين:

أحدهما: أن يد السارق الأول لم تبق من الأيدي التي ذكرنا من ملك وضمانٍ ووديعةٍ، فخصومة مَنْ هذه صفته لا تعتبر في القطع.

والثاني: أن السرقة إنما تنعقد موجبة للقطع إذا صادفت مالًا معصومًا، ولم يبق المال معصومًا بعد القطع في حق المالك، ولا في حق السارق الأول فلا يقطع بخصومتهما، إلى هذا أشار في «المبسوط»، و«المحيط».

قوله: وَلِلْأَوَّلِ وِلَايَةُ الخُصُومَةِ فِي الِاسْتِرْدَادِ فِي رِوَايَةٍ، وفي رواية ليس له ذلك؛ لأن

لِحَاجَتِهِ إذِ الرَّدُّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ (وَلَوْ سَرَقَ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُقْطَعَ الأَوَّلُ أَوْ بَعْدَ مَا دُرِئَ الحَدُّ بِشُبْهَةٍ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الأَوَّلِ) لِأَنَّ سُقُوطَ التَّقَوُّمِ ضَرُورَةُ القَطْعِ وَلَمْ يُوجَدْ فَصَارَ كَالغَاصِبِ. (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّهَا عَلَى المَالِكِ قَبْلَ الِارْتِفَاعِ) إلَى الحَاكِمِ (لَمْ يُقْطَعْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُقْطَعُ اعْتِبَارًا بِمَا إذَا رَدَّهُ بَعْدَ المُرَافَعَةِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ لِظُهُورِ السَّرِقَةِ، لِأَنَّ البَيِّنَةَ إنَّمَا جُعِلَتْ حُجَّةً ضَرُورَةِ قَطْعِ المُنَازَعَةِ وَقَدِ انْقَطَعَتِ الخُصُومَةُ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المُرَافَعَةِ لِانْتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهَا فَتَبْقَى تَقْدِيرًا.

يده ليست بيد صحيحة، ونعني باليد الصحيحة أن تكون يد ملك، أو ضمان، أو أمانة، ولم يوجد شيء من ذلك، كذا ذكره في «شرح مختصر الكرخي».

وفي بعض النسخ: وَلِأَنَّ البَيِّنَةَ، بالواو، ولكن نسخة شيخي رحمه الله بخطه بدون الواو وهو أصح؛ لأن ذلك لتقرير الأول، فإن الخصومة شرط لظهور السرقة؛ لأن الخصومة مقصودة.

ويُؤيد هذا ما ذكره في «المحيط» بقوله: وجه الاستحسان أن القطع وإن كان حق الله تعالى على الخلوص، إلا أن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق، ولهذا إذا شهدَ شاهدان على رجل بالسرقة من شخص بعينه والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق؛ لما أن القطع في ضمن حق العبد في المسروق وحق المسروق منه هاهنا لم يثبت؛ لأنه ثبوته بالبينة بناءٌ على خصومة صحيحة، وخصومة المسروق منه لا تثبت بوصول المسروق إليه، فلا يثبت القطع الذي في ضمنه.

قوله: بِخِلَافِ مَا بَعْدَ المُرَافَعَةِ لِانْتِهَاءِ الخُصُومَةِ لِحُصُولِ مَقْصُودِهَا فَتَبْقَى تَقْدِيرًا، أي: فتبقى الخصومة تقديرًا.

وذكر في «الإيضاح»: ولو ردَّ بعد التَّرافع لم يسقط القطع؛ لأن الخصومة لم تبطل ولكنَّها تناهت، والشيء إذا انتهى نهايتَه يتقرَّرُ ويتأكَّدُ لا أنه يبطل، ووجود الخصومة حقيقةً

(وَإِذَا قُضِيَ عَلَى رَجُلٍ بِالقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ) مَعْنَاهُ إِذَا سُلِّمَتْ إِلَيْهِ (وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَهَا المَالِكُ إِيَّاهُ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: يُقْطَعُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ قَدْ تَمَّتِ انْعِقَادًا وَظُهُورًا، وَبِهَذَا العَارِضِ لَمْ يَتَبَيَّنْ قِيَامُ المِلْكِ وَقْتَ السَّرِقَةِ فَلَا شُبْهَةَ.

غير معتبرٍ، وإنما اعتبر بقاؤه مخاصمًا من حيث التقدير وهذا المعنى قائم، فأمَّا قبل الرفع والإثبات فالخصومة لم توجد أصلًا، ولا بدَّ من وجود الخصومة حقيقةً ليمكن الإثبات، فصار الحرف فيه أن قبل التَّرافع الخصومة حقيقة معتبرة ليثبت السرقة، والرد ينافيها وبعد التَّرافع بقاؤه مخاصمًا تقديرًا معتبر ليستوفي القطع، وهذا المعنى لا يبطل بالردِّ.

وجعل هذه المسألة في «المحيط» على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يرد السارق السرقة على المالك قبل المرافعة إلى الإمام، ففي هذا لا قطعَ على السارق، شهد الشهود عليه بالسرقة أو لم يشهدوا.

والثاني: أن يرد السرقة بعد ما رفع المسروق منه الأمر إلى الإمام وشهد الشهود بالسرقة، إلا أن القاضي لم يقض بشهادتهم، وذكر الكرخي هذا الوجه في «كتابه» فقال: إن القاضي لا يقضى بالقطع قياسًا إلا أنِّي استحسن وأقضى عليه بالقطع؛ لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة وهي خصومة المالك.

والوجه الثالث: إذا ردَّ السرقة بعد سماع البينة وبعد القضاء بالقطع، وفي هذا الوجه لا يمتنع القطع استحسانًا.

قوله: وَبِهَذَا العَارِضِ - وهو ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة والبيع - لا يَتَبَيَّنُ قِيَامُ المِلْكِ وَقْتَ السَّرِقَةِ؛ لأن ثبوت الملك بِهما إنما يكون على وجه الاقتضاء وقت ثبوت الهبة والبيع، وهذا احتِراز عمَّا أقرَّ به المسروق منه للسارق، فإن الإقرار يظهر ما كان الملك ثابتًا للمقر له، فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقتَ وجود السرقة فيكون شبهة.

وذكر في «المبسوط»: هذا بخلاف ما أقرَّ بالملك للسارق؛ لأن في إقراره احتمال الصدق،

وَلَنَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي هَذَا البَابِ لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ بِالِاسْتِيفَاءِ، إِذِ القَضَاءُ لِلْإِظْهَارِ وَالقَطْعُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ ظَاهِرٌ عِنْدَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُشْتَرَطُ قِيَامُ الخُصُومَةِ عِنْدَ الِاسْتِيفَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهَا مِنْهُ قَبْلَ القَضَاءِ.

وبهذا الاحتمال يتبيَّن أن الملك كان للسارق عند السرقة، وذلك مانع تقرر فعل السرقة.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الإِمْضَاءَ مِنَ القَضَاءِ فِي هَذَا البَابِ، أي: أن استيفاء الحد وإمضاؤه من تتمَّات قضاء القاضي بقوله: حكمتُ أو قضيتُ بأن هذا كذا في باب الحدود.

قوله: لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ عَنْهُ - أي: عن القضاء - بِالِاسْتِيفَاءِ، وهو قطع اليد هاهنا، يعني: إنما يخرج الإمام عن عهدة القضاء هاهنا بإقامة الحد من الجلد أو الرجم أو قطع اليد، لا بمجرَّد القضاء من غير إقامة الحدِّ، علمنا أن إقامة الحدِّ هي عين القضاء لا شيء آخر فكان الإمضاء من القضاء، بخلاف القضاء في حقوق العباد، أو في موضع آخر في غير موضع الحدود، فإن الإمام يخرج عن عهدة القضاء بمجرَّد قوله: قضيتُ لزيد على عمرٍو بكذا من المال، فليس عليه أن يستوفي حقه من عمرٍو، فلذلك فُوِّض استيفاء الحدود إلى الإمام دون سائر الحقوق، وقد أشبعنا هذا في مسائل حد الزنا.

وذكر في «الإيضاح»: أن الاستيفاء من تتمَّات القضاء؛ وهذا لأن الواجبَ في باب السرقة ليس هو حكم واجب في ذمته يقام عليه بمثله عينًا على مثال الديون، بل الواجبُ غير ما يستوفيه الإمام، وإذا كان المستوفى غير الواجب لم يظهر أثر القضاء إلا في حق المستوفى، فكان حال القضاء والاستيفاء حالة واحدة، فالشبهة المعترضة على الاستيفاء تمنع الاستيفاء بخلاف الرد؛ لأنا ذكرنا أن الرد لا يبطل الخصومة بل ينهيها، فإنَّ ما هو المقصود يحصل بالردِّ والمنتهي في حكم المتقرِّر، فأمَّا الهبة فتقطع الخصومة؛ لأنه ما كان يخاصم ليهب له، وما يفوِّت المقصود بالشيء لا يكون منهيًا له.

قوله: إِذِ القَضَاءُ لِلْإِظْهَارِ، وهذا تعليل أن الإمضاء من القضاء، بيان هذا ما ذكرنا في حدِّ الزنا وهو أن قضاء القاضي إمَّا أن يكون لإعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء، وذلك لا يتصوَّر في حقوق الله تعالى، فكان المعتبر فيها النيابة وذلك لا يتم بالقضاء

قَالَ: (وَكَذَا إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا مِنَ النِّصَابِ) يَعْنِي قَبْلَ الِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ القَضَاءِ،

بل بحقيقة الاستيفاء، كذا في «المبسوط».

ولمَّا كان كذلك لم يكن قضاء القاضي في الحدود الخالصة لله تعالى لإظهار الحق كالقطع والجلد؛ لأن ذلك ظاهر عند الله تعالى؛ لأن الله تعالى هو عالم الغيب والشهادة، فكان المقصود من القضاء استيفاؤه، واستيفاؤه مفوض إلى الإمام كنفس القضاء في غير موضع الحدود، فلذلك اشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما اشترط وقت ابتداء القضاء؛ وهذا لأن ما يكون شرطـًا لوجوب القضاء عليه يراعى قيامه إلى وقت الاستيفاء؛ لأن المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى، والخرس، والردة، والفسق في الشهود، فإنَّ الحدود لا تستوفى إذا كانت الشهود على هذه الأوصاف وقت الاستيفاء بالإجماع، ذكره في «الأسرار».

فإن قلتَ: يشكل على هذا ما إذا زنى بامرأة ثم تزوَّجها، أو زنى بأمةٍ ثم ملكها لا يسقط الحد، فعُلِم بِهذا أنَّ ما كان وقت القضاء بوجوب الحد لا يشترط دوامه على الصفة التي يجب بها الحد، بل يبقى الحد واجبًا وإن تغيرت الصفة التي تجب عندها الحدّ، ويجب أن يكون في الهبة كذلك.

قلتُ: ذكر في «المبسوط»: وقد اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم العذر واضح، فإن وجوب الحد باعتبار ما استوفى من العين، وذلك المستوفى متلاش، وهاهنا وجبَ القطع باعتبار العين وملكه حدث في تلك العين.

قوله: وَكَذَا إِذَا نَقَصَتْ قِيمَتُهَا عَنِ النِّصَابِ، أي: من حيث السعر لا من حيث العين.

وذكر في «المحيط»: ويعتبر أن تكون قيمة السرقة يوم السرقة عشرة وكذلك يوم القطع، ولو كانت قيمته يوم السرقة عشرة دراهم وانتقص بعد ذلك إن كان نقصان القيمة لنقصان العين يقطع، وإن كان نقصان القيمة لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية، إلا في رواية عن محمد رحمه الله؛ لأن نقصان العين مضمون على السارق، والضمان قائم مقام المضمون فكان العين قائمًا من كل وجه، وهناك يقطع السارق فهاهنا كذلك، وأمَّا نقصان السعر فليس

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقْطَعُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ اعْتِبَارًا بِالنُّقْصَانِ فِي العَيْنِ، وَلَنَا أَنَّ كَمَالَ النِّصَابِ لَمَّا كَانَ شَرْطًا يُشْتَرَطُ قِيَامُهُ عِنْدَ الإِمْضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا، بِخِلَافِ النُّقْصَانِ فِي العَيْنِ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَكَمُلَ النِّصَابُ عَيْنًا وَدَيْنًا، كَمَا إِذَا اُسْتُهْلِكَ كُلُّهُ، أَمَّا نُقْصَانُ السِّعْرِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَافْتَرَقَا. (وَإِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ العَيْنَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَسْقُطُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِأَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ فَيُؤَدِّي إِلَى سَدِّ بَابِ الحَدِّ، وَلَنَا أَنَّ الشُّبْهَةَ دَارِئَةٌ وَتَتَحَقَّقُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِلِاحْتِمَالِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا قَالَ بِدَلِيلِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ بَعْدَ الإِقْرَارِ.

(وَإِذَا أَقَرَّ رَجُلَانِ بِسَرِقَةٍ ثُمَّ قَالَ أَحَدُهُمَا هُوَ مَالِي لَمْ يُقْطَعَا) لِأَنَّ الرُّجُوعَ عَامِلٌ فِي حَقِّ الرَّاجِعِ وَمُورِثٌ لِلشُّبْهَةِ فِي حَقِّ الآخَرِ، لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِمَا عَلَى الشَّرِكَةِ (فَإِنْ سَرَقَا ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتِهِمَا قُطِعَ الآخَرُ

بمضمون على السارق فلم يكن العين قائمًا كما كان لا حقيقةً ولا حكماً فلا يقطع.

قوله: اعْتِبَارًا بِالنُّقْصَانِ فِي العَيْنِ، سواءٌ كان ذلك النقصان بفعله أو بغير فعله، بأن هلك درهم من عشرة دراهم أو استهلكه.

قوله: مَعْنَاهُ بَعْدَمَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ بِالسَّرِقَةِ، وأمَّا إذا أقرَّ بالسرقة ثمَّ رجع عن إقراره سقط القطع عنه بالاتفاق.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا قَالَ، وهو قوله: لِأَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْهُ سَارِقٌ، قلنا: وإن كان لا يعجز السارق عنه فهو يسقط القطع، فإن المقر إذا رجع يدرأ عنه الحد، وما من مقرٍّ إلا ويتمكن من الرجوع، ثمَّ صار ذلك معتبرًا في إيراث الشبهة فكذا هنا.

قوله: وَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ عَلَى سَرِقَتِهِمَا قُطِعَ الآخَرُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ الآخَرِ،

فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ الآخَرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا) وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: لا يُقْطَع؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ، وَجْهُ قَوْلِهِ الآخَرِ أَنَّ الغَيْبَةَ تَمْنَعُ ثُبُوتَ السَّرِقَةِ عَلَى الغَائِبِ فَيَبْقَى مَعْدُومًا وَالمَعْدُومُ لا يُورِثُ الشُّبْهَةَ وَلا مُعْتَبَرَ بِتَوَهُّمِ حُدُوثِ الشُّبْهَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

(وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ وَتُرَدُّ السَّرِقَةُ

وكذلك في الإقرار، فإنه إذا أقرَّ أنه سرقه مع فلان الغائب لم يقطع في قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر، ويقطع المقر في قوله الآخر وهو قولهما.

قوله: لِأَنَّهُ لَوْ حَضَرَ رُبَّمَا يَدَّعِي الشُّبْهَةَ، وهي دارئة الحدِّ عن نفسه وعن الحاضر، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذا لا يجوز، كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر أن يستوفي حتى يحضر الغائب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا يُعْتَبَرُ تَوَهُّم حُدُوثِ الشُّبْهَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وهو قوله: وَلا مُعْتَبَر بِشُبْهَةٍ مَوْهُومَةِ الِاعْتِرَاضِ كَمَا إِذَا حَضَرَ المَالِكُ وَغَابَ المُؤْتَمَنُ.

وبهذا خرج الجواب عن فصل القصاص؛ لأن الشبهة هناك توهم عَفْوٍ موجودٍ من الغائب في الحال، ثم إذا جاء الغائب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد عليه تلك البينة أو غيرها فيقطع حينئذٍ؛ لأن تلك البينة في حق الغائب قامت بغير محضر من الخصم، فإن الحاضر لا ينتصب خصمًا عنه، إمَّا لأن النيابة في الخصومة في الحد لا يجري، أو لأنه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب، كذا في «المبسوط».

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ العَبْدُ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا فَإِنَّهُ يُقْطَعُ، وإنَّما قيَّد بِهذين القيدين وهما العبد المحجور والدراهم المعينة، فإنَّهم أجمعوا على أنه لو كان عبدًا مأذونًا له في التجارة يقطع، وكذلك أجمعوا أيضًا على أنه لو أقرَّ بسرقة عشرة دراهم بغير عينها تقطع يده وإن كان محجورًا، كذا ذكره صدر الإسلام رحمه الله في «الجامع الصغير».

إِلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يُقْطَعُ وَالعَشَرَةُ لِلْمَوْلَى، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْطَعُ وَالعَشَرَةُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ، وَمَعْنَاهُ إِذَا كَذَّبَهُ المَوْلَى.

وحاصله ما ذكره في «المبسوط» فقال: وإذا أقرَّ العبد بسرقة مال فهو على وجهين: إما أن يكون مأذونـًا له أو محجورًا عليه، وكل وجه على وجهين: إما أن يكون المال مستهلكـًا أو قائمًا بعينه في يده، فإن كان العبد مأذونًا له أقرَّ بسرقة مال مستهلك فعليه القطع في قول علمائنا الثلاثة، وقال زفر رحمه الله: لا قطع عليه ولكنه ضامن للمال، وإن كان المال قائمًا بعينه في يده تقطع يده، ويرد المال إلى المسروق منه عندنا، وقال زفر: يرد المال ولا تقطع يده، وإن كان العبد محجورًا عليه فأقرَّ بسرقة مال مستهلك قطعت يده إلا على قول زفر، وإن أقرَّ بسرقة مال قائم بعينه في يده فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تقطع يده والمال للمولى، وعند محمد وزفر رحمهما الله لا تقطع يده والمال للمولى.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وحاصل الاختلاف راجع إلى حرف، أي: أصل، وهو أن القطع أصل والمال تبع، أو المال أصل والقطع تبع، أوكل واحد منهما أصل، قال أبو حنيفة رحمه الله: القطع أصل والمال تبع، وقال أبو يوسف رحمه الله: كل واحد منهما أصل، وقال محمد رحمه الله: المال أصل والقطع تبع، فوجه قوله في أصالة المال أنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط للقطع، ولو لا أن المال أصل لوجب القطع بدون الخصومة؛ لأن القطع يتمحض حقًّا لله تعالى، وما كان حقًّا لله تعالى إذا كان أصلًا يستوفى بدون الطلب، وإذا كان المال أصلًا فنقول: لا يصح إقراره فيما هو الأصل؛ لما فيه من إبطال حق المولى مقصودًا، وإذا كان لم يصح فيما هو الأصل لا يصح فيما هو التبع وهو القطع.

ووجه قول أبي يوسف رحمه الله في أصالة كل واحد منهما: أمَّا أصالة المال فلما قال محمد، وأمَّا أصالة القطع فيما قالوا في الحر إذا أقرَّ، وقال: سرقتُ هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو، يصح إقراره في حق القطع دون المال.

(وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةِ مَالٍ مُسْتَهْلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ كَانَ العَبْدُ مَأْذُونًا لَهُ يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ) وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْطَعُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عِنْدَهُ أَنَّ إِقْرَارَ العَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ لا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَرِدُ عَلَى نَفْسِهِ وَطَرَفِهِ وَكُلُّ ذَلِكَ مَالُ المَوْلَى، وَالإِقْرَارُ عَلَى الغَيْرِ غَيْرُ مَقْبُولٍ إِلَّا أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ وَالمَالِ لِصِحَّةِ إِقْرَارِهِ بِهِ لِكَوْنِهِ مُسَلَّطًا عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَالمَحْجُورُ عَلَيْهِ لا يَصِحُّ

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: إن القطع أصل؛ بدليل أنه لو قال: أبغي المال ولا أبغي القطع لا يسقط القطع، وبدليل أنه يبطل بالتقادم، وإذا صح إقراره بما هو الأصل صحَّ بما هو التبع.

وحُكي عن الطحاوي أنه قال: سمعتُ أستاذي ابن أبي عمران رحمهما الله يقول: الأقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة رحمه الله، فقوله الأول أخذ به محمد، ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف، ثم رجع إلى القول الثالث واستقرَّ عليه، وهو نظير مسألة الحملان على ما ذكرنا، وهذا من مناقب أبي حنيفة رضي الله عنه حيث لم يضع واحد من أقاويله.

قوله: وَلَوْ كَانَ العَبْدُ مَأْذُونًا لَهُ يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ، أي: فيما إذا كان المال قائمًا أو مستهلكـًا.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لا يُقْطَعُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، أي: فيما إذا كان العبد محجورًا أو مأذونـًا له، وفيما إذا كان المال قائمـًا أو مستهلكـًا.

قوله: لِأَنَّهُ يَرِدُ عَلَى نَفْسِهِ - أي: فيما إذا أقرَّ بقتل الغير عمدًا - وَطَرَفِهِ، أي: فيما إذا أقرَّ بالسرقة.

قوله: وَكُلُّ ذَلِكَ مَالُ المَوْلَى، فلا يصح إقراره به، ألا ترى أنه لو أقرَّ برقبته لإنسان كان إقراره باطلًا، فكذلك إقراره بما يوجب استحقاق نفسه أو جزء منه يكون باطلًا.

قوله: بِالضَّمَانِ - أي: فيما إذا استهلك - وَالمَالِ، أي: فيما إذا كان المال قائمًا عنده.

إِقْرَارُهُ بِالمَالِ أَيْضًا، وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى المَالِيَّةِ فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، وَلِأَنَّهُ لا تُهْمَةَ فِي هَذَا الإِقْرَارِ لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الأَضْرَارِ، وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلَى الغَيْرِ، لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فِي المَحْجُورِ عَلَيْهِ أَنَّ إِقْرَارَهُ بِالمَالِ بَاطِلٌ، وَلِهَذَا لا يَصِحُّ مِنْهُ الإِقْرَارُ بِالغَصْبِ فَيَبْقَى مَالُ المَوْلَى،

قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ، فإن وجوب الحد باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك، والعبد في هذا كالحر فإقراره فيما يرجع إلى استحقاق الجزء كإقرار الحرِّ، ولهذا لا يملك المولى الإقرار عليه بذلك، وما لا يملك المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الجزء كالطلاق، كذا في «المبسوط».

قوله: ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى المَالِيَّةِ، كما إذا شهدَ برؤية هلال رمضان حيث يجب الصوم عليه أوَّلًا، ثم يتعدى منه إلى غيره لعدم التهمة، فكذلك هاهنا، **وقوله:** فَيَصِحُّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، نتيجة **قوله:** ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى المَالِيَّةِ، يعني: لمَّا صح إقراره على نفسه لضرورة أنه آدمي تعدَّت صحة إقراره إلى المالية؛ لضرورة أن نفسه لا تنفك عن المالية، فلمَّا تعدت إلى المالية صحَّ إقراره حينئذٍ من حيث المالية بطرق التبعية لما ذكرنا أن نفسه لا تنفك عن المالية.

قوله: لِمَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ مِنَ الأَضْرَارِ، أي: على العبد؛ لأن ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى.

قوله: وَمِثْلُهُ مَقْبُولٌ عَلَى الغَيْرِ، أي: ومثل ما كان ضرر الإقرار ساريًا على المقر وعلى الغير يسمع على الغير أيضًا بطريق التبعية، لانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار، كما ذكرنا فيما إذا شهد العبد عند الإمام برؤية هلال رمضان، وفي السَّماء علة تقبل الإمام شهادته وإن لم تقبل في سائر المواضع؛ لما أنه لا تهمة فيه؛ لأنه يلزمه الصوم بهذا ويلزم غيره، وكذلك لو أقرَّ الحر المديون المفلس بالقتل عمدًا فإنه يقتصُّ بالإجماع وإن كان فيه إبطال ديون أرباب الديون.

قوله: وَلِهَذَا لا يَصِحُّ مِنْهُ ... بِالغَصْبِ، فكذلك ينبغي أن لا يصح الإقرار منه بالسرقة.

وَلا قَطْعَ عَلَى العَبْدِ فِي سَرِقَةِ مَالِ المَوْلَى، يُؤَيِّدُهُ أَنَّ المَالَ أَصْلٌ فِيهَا وَالقَطْعُ تَابِعٌ حَتَّى تُسْمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطْعِ وَيَثْبُتُ المَالُ دُونَهُ، وَفِي عَكْسِهِ لَا تُسْمَعُ وَلَا يَثْبُتُ، وَإِذَا بَطَلَ فِيمَا هُوَ الأَصْلُ بَطَلَ فِي التَّبَعِ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ صَحِيحٌ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ القَطْعِ تَبَعًا.

وَلِأَبِي يُوسُف رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ: بِالقَطْعِ وَهُوَ عَلَى نَفْسِهِ فَيَصِحُّ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، وَبِالمَالِ وَهُوَ عَلَى المَوْلَى فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ، وَالقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ؛ كَمَا إِذَا قَالَ الحُرُّ الثَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ سَرَقْتُهُ مِنْ عَمْرٍو وَزَيْدٌ يَقُولُ هُوَ ثَوْبِي يُقْطَعُ يَدُ المُقِرِّ وَإِنْ كَانَ لَا يُصَدَّقُ فِي تَعْيِينِ الثَّوْبِ حَتَّى لَا يُؤْخَذَ مِنْ زَيْدٍ.

قوله: وَلا قَطْعَ عَلَى العَبْدِ فِي سَرِقَتِهِ، أي: في سرقة مال مولاه.

قوله: حَتَّى تُسْمَعَ الخُصُومَةُ فِيهِ بِدُونِ القَطْعِ - حتى لو قال المسروق منه: أبغي المال يسمع خصومته - وَيَثْبُتُ المَالُ دُونَهُ، كما لو شهد به رجل وامرأتان، أو أقرَّ بالسرقة ثم رجع فإنه يضمن المال ولا يقطع.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ لَا تُسْمَعُ، أي: لو خاصم في القطع بدون طلب المال لا يسمع الخصومة، فإنه لو قال: أبغي القطع ولا أبغي المال لا تسمع خصومته.

قوله: فَيَصِحُّ فِي حَقِّ القَطْعِ تَبَعًا، لصحة الإقرار بالمال.

قوله: فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّهِ فِيهِ - أي: فلا يصح إقرار العبد في حق المولى في المال - وَالقَطْعُ يُسْتَحَقُّ بِدُونِهِ، أي: بدون المال؛ لأن أحد الحكمين ينفصل عن الآخر، ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع، كما إذا شهد به رجل وامرأتان، فكذلك يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا أقرَّ بسرقة مال مستهلك.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الإِقْرَارَ بِالقَطْعِ قَدْ صَحَّ مِنْهُ لِمَا بَيَّنَّا فَيَصِحُّ بِالمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ لِأَنَّ الإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ البَقَاءِ، وَالمَالُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ تَابِعٌ لِلْقَطْعِ حَتَّى تَسْقُطَ عِصْمَةُ المَالِ بِاعْتِبَارِهِ وَيُسْتَوْفَى القَطْعُ بَعْدَ اسْتِهْلَاكِهِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الحُرِّ؛ لِأَنَّ القَطْعَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالسَّرِقَةِ مِنَ المُودَعِ، أَمَّا لا يَجِبُ بِسَرِقَةِ العَبْدِ مَالَ المَوْلَى فَافْتَرَقَا وَلَوْ صَدَّقَهُ المَوْلَى يُقْطَعُ فِي الفُصُولِ كُلِّهَا لِزَوَالِ المَانِعِ.

قوله: قَدْ صَحَّ مِنْهُ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: وَنَحْنُ نَقُولُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ.

قوله: فَيَصِحُّ بِالمَالِ بِنَاءً عَلَيْهِ، أي: لمَّا صحَّ إقراره بالقطع باعتبار أنه آدمي مكلف صحَّ إقراره بالمال أنه لغير المولى بناءً على صحة إقراره بالقطع؛ لأن القطع هو الأصل، ألا ترى أن القاضي يقضي بالقطع إذا ثبتَ السرقة عنده بالبينة، ثمَّ من ضرورة وجوب القطع عليه كون المال مملوكًا لغير مولاه، لاستحالة أن يقطع العبد في مال هو مملوك لمولاه.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ يُلَاقِي حَالَةَ البَقَاءِ؛ لأن الإقرار بالشيء إظهار لأمرٍ قد كان، فلا بدَّ من وجود المخبر به سابقًا على الإخبار.

قوله: حَتَّى تَسْقُطَ عِصْمَةُ المَالِ - فقوله: تَسْقُطُ، بالرفع؛ لأن هذا ثابت فلا يكون حتى فيه للغاية - بِاعْتِبَارِهِ، أو باعتبار القطع؛ لما يجيء من أصلنا أنَّ القطع مع الضمان لا يجتمعان، ثمَّ سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تبع؛ لأنه لو كان أصلًا لما تغير حاله من حال الابتداء التي هي التقوم إلى غير التقوم؛ لأن مقصوديَّته إنما يكون بالتقوم، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل أيضًا على أن القطع هو الأصل دون المال.

قوله: بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الحُرِّ، وهو ما استشهد به أبو يوسف رحمه الله بقوله: إِذَا قَالَ الحُرُّ الثَّوْبُ الَّذِي فِي يَدِ زَيْدٍ سَرَقْتُهُ مِنْ عَمْرٍو وَزَيْدٌ يَقُولُ هُوَ ثَوْبِي يُقْطَعُ يَدُ المُقِرِّ، ولا يرد الثوب إلى عمرو، وعُلِم بهذا أن القطع يستحق بدون استحقاق المال، فأجابَ عنه

قَالَ: (وَإِذَا قُطِعَ السَّارِقُ وَالعَيْنُ قَائِمَةٌ فِي يَدِهِ رُدَّتْ عَلَى صَاحِبِهَا) لِبَقَائِهَا عَلَى مِلْكِهِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ) وَهَذَا الإِطْلَاقُ يَشْمَلُ الهَلَاكَ وَالِاسْتِهْلَاكَ، وَهُوَ رِوَايَةُ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى وَهُوَ المَشْهُورُ، وَرَوَى الحَسَنُ عَنْهُ أَنَّهُ يَضْمَنُ بِالِاسْتِهْلَاكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ فِيهِمَا لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ قَدِ اخْتَلَفَ سَبَبَاهُمَا فَلَا يَمْتَنِعَانِ فَالقَطْعُ حَقُّ الشَّرْعِ وَسَبَبُهُ تَرْكُ الِانْتِهَاءِ عَمَّا نَهَى اللهُ عَنْهُ، وَالضَّمَانُ حَقُّ العَبْدِ وَسَبَبُهُ أَخْذُ المَالِ، فَصَارَ كَاسْتِهْلَاكِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ

أبو حنيفة رضي الله عنه بهذا، وبيان الجواب هو أن الحرَّ لمَّا لم يسمع **قوله**: سَرَقْتُهُ مِنْ عَمْرٍو، في حق الرد إلى عمرو لا يلزم عدم القطع بل يقطع؛ لأنه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع، فلا يجب رد المال إلى المودع؛ لما مرَّ أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وإن لم يرد إليه المال، وأمَّا هاهنا لو لم يرد المال إلى المسروق منه يلزم أن يكون ذلك المال مال المولى، فحينئذٍ لا يجبُ قطع يد العبد أصلًا؛ لأن العبد إذا سرق مال المولى لا يقطع، ثم اتَّفق أبو حنيفة رحمه الله مع الخصم وهو أبو يوسف على قطع يد العبد، علم أنَّهما جعلاه سارقًا مال غير المولى فيرد إلى الذي أقرَّ بالسرقة منه، هذا كله من «المبسوط»، وشروح «الجامع الصغير».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَضْمَنُ فِيهِمَا، أي: في الهلاك والاستهلاك، وقال مالك: إن كان السارق صاحب مال يؤمر بأداء الضمان في الحال، وإن لم يكن له شيء فلا ضمان عليه في الحال ولا بعد ذلك.

قوله: لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ، أحدهما: حق الله تعالى والآخر حق العبد، وذلك الحقان اختلفا محلًّا ومستحقًّا وسببًا؛ لأن محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه السرقة، ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه إدخال النقصان عليه بأخذ ماله، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل.

قوله: كَاسْتِهْلَاكِ صَيْدٍ مَمْلُوكٍ فِي الحَرَمِ، حيث تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى

فِي الحَرَمِ أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ مَمْلُوكَةٍ لِذِمِّيٍّ.

وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «لا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بَعْدَمَا قُطِعَتْ يَمِينُهُ» وَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يُنَافِي القَطْعَ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الأَخْذِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ فَيَنْتَفِي القَطْعُ لِلشُّبْهَةِ وَمَا يُؤَدِّي إِلَى انْتِفَائِهِ فَهُوَ المُنْتَفِي، وَلِأَنَّ المَحَلَّ لا يَبْقَى مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ، إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ فَيَنْتَفِي

لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى.

قولـه: أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ مَمْلُوكَةٍ لِذِمِّيٍّ، أي: على أصلكم، فإنه لا يجب عنده ضمان الخمر بالاستهلاك وإن كان للذمي.

وطرديَّتنا فيه شيئان: أحدهما: أن القطع عقوبة تندرأ بالشبهات والضمان غرامة تثبت مع الشبهات، فلا يجمع بينهما بسبب فعل واحدٍ كالقصاص مع الدية، والثاني: أن السارق أخذ شيئًا محرمًا لله تعالى دون عبيده، أي: عبيد الله تعالى، فلا يكون مضمونًا للعبد بالقيمة عند الاستهلاك قياسًا على أخذ الخمر وإتلافها؛ وإنَّما قلنا ذلك لأن القطع خالص حق الله تعالى، إلى آخره، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قولـه: لِأَنَّهُ - أي: لأن السارق - يَتَمَلَّكُهُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الأَخْذِ، كما في الغصب، وعن هذا قالوا: إن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب.

قولـه: وَلِأَنَّ المَحَلَّ لا يَبْقَى مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ، إِذْ لَوْ بَقِيَ لَكَانَ مُبَاحًا فِي نَفْسِهِ، وحرامًا لحق العبد، فكان ذلك المال للسارق حرامًا من وجه دون وجه فكان شبهة في فعل السَّرقة؛ إذ الشبهة ليست إلا هذا وهو أن يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه، فحينئذٍ يدرأ الحد بالحديث؛ ولأن الشيء لو كان مباحًا في نفسه وحرامًا لحق الغير لم يشرع الحد في مثله كشرب عصير الغير، إنما الموجب للعقوبة فعل هو حرام لله تعالى فهو حرام لعينه كشرب الخمر.

فإن قيل: متى انتقلت الحرمة حقًّا لله تعالى؟ إن قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم

الْقَطْعُ لِلشُّبْهَةِ فَيَصِيرُ مُحَرَّمًا حَقًّا لِلشَّرْعِ كَالْمَيْتَةِ وَلَا ضَمَانَ فِيهِ،

على السبب؛ لأن السبب للانتقال ليس إلا السرقة، وإن قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد؛ لأن السبب صادف محلًّا محترمًا للمالك، وإن قلتم مع السرقة فهو باطل أيضًا؛ لأن السرقة وقت الوجود ليس بموجود فكيف يثبت الحكم وقت الوجود؟

قلنا: انتقلت الحرمة حقًّا للشرع قبيل السرقة متصلًا بالسرقة لينعقد السرقة موجبة للقطع، ويجوز سبق الحكم على السبب إذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف، فقال: أعتقتُ يثبت الملك بمقتضى العتق قبيل قوله: أعتقتُ ضرورة صحة العتق، كذا هذا، كذا في «كشف الأسرار».

فكانت هذه المسألة على هذا التقدير نظير مسألة استيلاد الأب جارية الابن، وقد مرَّ وجهه في النكاح.

وذكر في «المبسوط»: وإذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد، فالتحق في حقِّ العبد بما لا قيمة له، ولكن هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع؛ لأن ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء، فكان حكم الأخذ مراعى إن استوفى به القطع تبيَّن أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى، فلا يجب الضمان للعبد، وإن تعذر استيفاء القطع تبيَّن أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان به.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة» شبهة على هذه النكتة، أعني **قوله: وَلِأَنَّ الْمَحَلَّ لَا يَبْقَى مَعْصُومًا حَقًّا لِلْعَبْدِ،** إلى آخره وقال: ففي هذه الطريقة نظر؛ لأن القطع في السرقة يجب صيانةً لحقوق الناس، فلو قلنا بما قال يؤدي إلى أن تكون شرعية القطع لصيانة حق الله تعالى، ولإبطال حقوق الناس، فيجب ترك القول به، فكان الأصح فيه أن يقال: إن القطع شرع صيانةً لأموال الناس، وفيه ضرر على السَّارق لما فيه من إتواء نصفه معنى، فلا يجوز أن يضم إليه ضررًا آخر وهو نقصان ماله بالتضمين، بخلاف الغصب.

ولا يقال: إن شرع القطع لو كان لصيانة حقوق الناس لكان حقًّا لهم، ولو كان كذلك لسقط بإسقاطهم؛ لأنا نقول: من وجهين:

إِلَّا أَنَّ العِصْمَةَ لا يَظْهَرُ سُقُوطُهَا فِي حَقِّ الِاسْتِهْلَاكِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ آخَرُ غَيْرِ السَّرِقَةِ وَلا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ، وَكَذَا الشُّبْهَةُ تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ دُونَ غَيْرِهِ، وَوَجْهُ المَشْهُورِ أَنَّ الِاسْتِهْلَاكَ إِتْمَامُ المَقْصُودِ فَتُعْتَبَرُ الشُّبْهَةُ فِيهِ،

أحدهما: أنه لا يتصور منهم الاجتماع على الإسقاط، والثاني: أن القطع على وجه لا يسقط بالإسقاط أَزْجر وأَمْنع فيجب القول بشرعيته، ألا ترى أن حدَّ الزنا شرع صيانةً للفراش، وحد الشرب شرع صيانةً للعقول، ثم إنه لا يسقط بالإسقاط كما أشرنا إليه.

قوله: إِلَّا أَنَّ العِصْمَةَ، إلى آخره، جواب لسؤال مقدَّر وهو أن يقال: إن العصمة لمَّا انتقلت إلى الله تعالى صار المال المسروق كالميتة والخمر، فينبغي أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك أيضًا، وقد ذكر في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله بالضمان فيه، فأجاب عنه بقوله: لِأَنَّهُ فِعْلٌ آخَرُ، وبيانه أن سقوط التقوم والعصمة إنَّما كان لضرورة تحقيق فعل السرقة لتكون السرقة ملاقية لمحل معصوم لله تعالى لا للعبد لما ذكر، وقد تحقق فعل السرقة فلم تبق الضرورة في إسقاط التقوم، والاستهلاك فعل آخر غير فعل السرقة، فلم يلزم من سقوط التقوم في فعل السرقة سقوطه في فعل الاستهلاك، مع أن دليل التقوم قد ظهر في حق ذلك المال، ألا ترى أن بيع المسروق منه وهبته العين للسارق أو لغيره صحيح، وألا ترى أن من أتلفه غير السارق فهو ضامن.

قوله: وَلا ضَرُورَةَ فِي حَقِّهِ - أي: في حق فعل آخر - وَكَذَا الشُّبْهَةُ - وهي كونه حرامًا لغيره - تُعْتَبَرُ فِيمَا هُوَ السَّبَبُ - وهو السرقة - دُونَ غَيْرِهِ، وهو الاستهلاك؛ لأن الموجب للحد هو السرقة لا الاستهلاك، واعتبار الشبهة إنَّما كان لأن يجعل السبب الموجب للحد غير موجب له ليكون درءًا للحد.

قوله: وَوَجْهُ المَشْهُورِ - وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك - أَنَّ الِاسْتِهْلَاكَ إِتْمَامُ المَقْصُودِ، بالسرقة؛ لأنه إنما سرق ليأكله أو يصرف إلى بعض حوائجه وفيه الاستهلاك، فكونه حرامًا لغيره يؤثر في الاستهلاك كما يؤثر في حق السرقة، فلذلك لم يجب

وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ العِصْمَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا فِي حَقِّ الهَلَاكِ لِانْتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ.

الضمان في حق الاستهلاك أيضًا، فإنه كما لا تبقى المالية والتقوم حقًّا للعبد في أصل فعل السرقة بعد القطع، فكذلك فيما يكون إتماماً للمقصود به، بخلاف بيع المسروق منه وهبته فإنه ليس بإتمام للمقصود بالسرقة، بل هو تصرف آخر ابتداءً.

قوله: وَكَذَا يَظْهَرُ سُقُوطُ العِصْمَةِ، إلى **قوله:** لِانْتِفَاءِ المُمَاثَلَةِ؛ إذ لو لم يظهر يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم، فلم يجب الضمان لانتفاء المماثلة بين المال المعصوم والمال غير المعصوم، كما لا يجب الضمان بمقابلة استهلاك المنافع بالغصب لانتفاء المماثلة.

قوله: لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ سُقُوطِهَا، أي: لأن سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وهي انتفاء المماثلة.

وبما ذكرنا من التعليل خرج الجواب عمَّا استشهد به الخصم من شرب خمر مملوكة للذمي وغيره؛ وذلك لأن الضمان هناك لبقاء التقوم حقًّا للعبد، فإن الذمي اعتقد تقوم الخمر ونحن أمرنا بتركهم مع اعتقادهم في مثله، بخلاف ما نحنُ فيه حيث صارت المالية والتقوم حقًّا لله تعالى خالصاً، فلو وجب الضمان حينئذٍ إنَّما يجب لله تعالى وقد وجب القطع لله تعالى، ولا يجمع بين الحقين لمستحقٍّ واحد كالقصاص مع الدية.

وأمَّا الجواب عن الدية مع الكفارة فهو أن الكفارة ليست بعقوبة تندرئ بالشبهات؛ ولأنَّها جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل، فيبقى المحل محترمًا لحق العبد، ووجوب الكفارة لا يستدعي فعلًا هو حرام العين، ألا ترى أنَّها تجب في الخطإ، وكذلك الجزاء مع القيمة في الصيد المملوك؛ ولأنه لا معتبر بالمالية والتقوم في إيجاب الجزاء، ولهذا يجب الجزاء بقتل صيد نفسه والكفارة بقتل عبد نفسه، وكذلك في شرب الخمر لا معتبر بالمالية والتقوم في إيجاب الحد، ولهذا يجب الحدُّ على من شرب خمر نفسه فبقيت المالية والتقوم حقًّا للذمي.

قَالَ: (وَمَنْ سَرَقَ سَرِقَاتٍ فَقُطِعَ فِي إِحْدَاهَا فَهُوَ لِجَمِيعِهَا، وَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَا: يَضْمَنُ كُلَّهَا إِلَّا الَّتِي قُطِعَ لَهَا) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا حَضَرَ أَحَدُهُمْ، فَإِنْ حَضَرُوا جَمِيعًا وَقُطِعَتْ يَدُهُ لِخُصُومَتِهِمْ لَا يَضْمَنُ شَيْئًا بِالِاتِّفَاقِ فِي السَّرِقَاتِ كُلِّهَا، لَهُمَا أَنَّ الحَاضِرَ لَيْسَ بِنَائِبٍ عَنِ الغَائِبِ، وَلَا بُدَّ مِنَ الخُصُومَةِ لِتَظْهَرَ السَّرِقَةُ فَلَمْ تَظْهَرِ السَّرِقَةُ مِنَ الغَائِبَيْنِ فَلَمْ يَقَعِ القَطْعُ لَهَا فَبَقِيَتْ أَمْوَالُهُمْ

وروى هشامٌ عن محمد رحمهما الله أن السارق لا يضمن في الحكم، فأمَّا فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان؛ لأن المسروق منه قد لحقه النقصان والخسران من جهته بسبب هو متعدٍ فيه، ولكن تعذَّر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا، فيفتى برفع النقصان الذي لحقه من جهة السَّارق فيما بينه وبين ربه، كذا في «المبسوط».

وذكر في «الإيضاح»: قال أبو حنيفة رضي الله عنه: ولا يحل للسَّارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه؛ لأن الثوب على ملك المسروق منه، وكذلك إذا خاطه قميصًا لم يحل له الانتفاع به؛ لأنه ملكه بوجه محظور وقد تعذَّر إيجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع، قال: وهذا كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئًا من أموالهم لم يحكم عليه بالرد، ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك الباغي إذا أتلف مال العادل ثمَّ تابَ لم يحكم عليه بالضمان، ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك الحربي إذا أخذ شيئًا من مالنا ثمَّ أسلم لم يحكم عليه بالردِّ فيما بينه وبين الله تعالى، وكذا السارق إذا استهلك المال المسروق يفتى بأداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى، فالأصل في هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سببًا لوجوب الضمان، وتعذر إيجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض في حق الحكم، وأمَّا الفتوى فيما بينه وبين الله تعالى تعتبر قضيَّة السبب.

قوله: فَهُوَ لِجَمِيعِهَا، أي: فالقطع لجميع السرقات، وهذا بالإجماع وإنَّما الخلاف في الضمان، فوقوع القطع بجميع السرقات أوضح دليل لأبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لمَّا وقع القطع للكل كان سقوط الضمان أيضًا في حق الكل؛ لأن سقوط الضمان فيما وقعت فيه

مَعْصُومَةً، وَلَهُ أَنَّ الوَاجِبَ بِالكُلِّ قَطْعٌ وَاحِدٌ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لِأَنَّ مَبْنَى الحُدُودِ عَلَى التَّدَاخُلِ وَالخُصُومَةُ شَرْطٌ لِلظُّهُورِ عِنْدَ القَاضِي، فَإِذَا اسْتَوْفَى فَالمُسْتَوْفَى كُلُّ الوَاجِبِ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَرْجِعُ نَفْعُهُ إِلَى الكُلِّ فَيَقَعُ عَنِ الكُلِّ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَتِ النُّصُبُ كُلُّهَا لِوَاحِدٍ فَخَاصَمَ فِي البَعْضِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

الخصومة لوقوع القطع في حقه، ووقوع القطع ثابت في حق الكل فيجبُ أن يكون سقوط الضمان أيضًا في حق الكل؛ لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا، إلى هذا أشار في «المحيط» وغيره.

فإن قلتَ: الحكم الثابت بطريق الضمان والضرورة لا يربوا على الحكم الثابت بالصريح، ثم القطع يتضمن البراءة عن ضمان السرقة، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصًا لا يبرأ، فكذلك يجب أن لا يبرأ إذا ثبت ضمنًا وضرورةً.

قلتُ: كم من شيءٍ يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا كبيع الشرب وبيع المنقول، ثمَّ هاهنا لمَّا وقع القطع في حق الكل بالإجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان.

قوله: وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إِذَا كَانَتِ النُّصُبُ كُلُّهَا لِوَاحِدٍ، يعني: لو سرق النصب من واحدٍ مرارًا ثم قطع لأجل نصاب واحد بأن خاصمه في نصاب واحد، فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن النصب الباقية، وعندهما يضمن الباقية، والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

(بَابُ مَا يُحْدِثُ السَّارِقُ فِي السَّرِقَةِ)

(وَمَنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَشَقَّهُ فِي الدَّارِ بِنِصْفَيْنِ ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةَ دَرَاهِمَ قُطِعَ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يُقْطَعُ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلْكِ وَهُوَ الخَرْقُ الفَاحِشُ فَإِنَّهُ يُوجِبُ القِيمَةَ وَتَمَلُّكَ المَضْمُونِ وَصَارَ كَالمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ.

باب ما يحدث السارق في السرقة

لمَّا ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة، والشبهة أبدًا تتلو الثابت ذكرًا.

قوله: ثُمَّ أَخْرَجَهُ وَهُوَ يُسَاوِي عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، أي: بعد الشق يساوي عشرة دراهم؛ وإنما قيَّد به لأنه لو لم يُساوِ عشرة دراهم بعد الشق في الدار لا يجب القطع؛ لأن تمام السرقة بالإخراج وهو في ذلك الوقت لم يكن كامل نصاب السرقة، وإنما قيَّد بالشق في الدار؛ لأنه إذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثمَّ شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة يقطع؛ لأن السرقة قد تمَّت على كامل النصاب.

قوله: لِأَنَّ لَهُ فِيهِ سَبَبَ المِلْكِ؛ وإنَّما قلنا ذلك لأن المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك، فإن سبب الملك لو لم ينعقد لما وجبَ التمليك بكره من السارق، كذا في «الأسرار».

قوله: وَصَارَ كَالمُشْتَرِي إِذَا سَرَقَ مَبِيعًا فِيهِ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ، ثمَّ فسخ البائع البيع فإنه لا يقطع،

(وَلَهُمَا أَنَّ الأَخْذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ لا لِلْمِلْكِ، وَإِنَّمَا المِلْكُ يُثْبِتُ ضَرُورَةَ أَدَاءِ الضَّمَانِ كَيْ لا يَجْتَمِعَ البَدَلَانِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ) وَمِثْلُهُ لا يُوَرِّثُ الشُّبْهَةَ كَنَفْسِ الأَخْذِ، وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ؛ لِأَنَّ البَيْعَ مَوْضُوعٌ لِإِفَادَةِ المِلْكِ، وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ وَأَخْذَ الثَّوْبِ،

كذا هنا، فالجامع بينهما هو أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ الأَخْذَ وُضِعَ سَبَبًا لِلضَّمَانِ، إلى آخره، يعني: أنَّ الشق ليس بسبب لملك الثوب شرعًا، بل هو سبب لوجوب القيمة، إلا أنه يحتمل أن يصير سببًا بطريق الضرورة إذا أوجب الملك لصاحب الثوب في القيمة، ومثله لا يصلح شبهة كنفس الأخذ، فإنه مثل الشق في أنه يحتمل أن يصير سببًا، ومع هذا لم يعتبر الأخذ شبهة فبطل ما قاله، كذا ذكره الإمام الكشاني رحمه الله.

قوله: كَيْ لا يَجْتَمِعَ البَدَلَانِ، قاسم البدلين على طريق التغليب للتخفيف، فإن المسروق مبدل والقيمة بدله.

قوله: وَكَمَا إِذَا سَرَقَ البَائِعُ مَعِيبًا بَاعَهُ، ولم يعلم المشتري العيب فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد وهو العيب فيثبت الملك للبائع، فكذلك هنا يقطع وإن انعقد سبب الملك وهو الشق.

قوله: وَهَذَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ تَضْمِينَ النُّقْصَانِ، إلى آخره، وحاصل ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله فقال: هذه المسألة على وجهين: إن كان لا يساوي عشرة دراهم لا يقطع؛ لما ذكرنا أن السرقة تمَّت فيما دون النصاب، وإن كان يساوي عشرة دراهم بعد الإخراج فهو على وجهين:

إمَّا أن كان الخرق يسيرًا أو فاحشًا، فإن كان يسيرًا يقطع ويضمن النقصان؛ أمَّا القطع فلأنه أخرج نصابًا كاملًا من الحرز على وجه السرقة، وأمَّا ضمان النقصان فلوجود سببه وهو

فَإِنِ اخْتَارَ تَضْمِينَ القِيمَةِ وَتَرْكِ الثَّوْبِ عَلَيْهِ لا يُقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ مُسْتَنِدًا إِلَى وَقْتِ الأَخْذِ فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا يُقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ لِانْعِدَامِ سَبَبِ المِلْكِ إِذْ لَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ تَضْمِينِ كُلِّ القِيمَةِ.

التعييب، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع، كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب.

وإن كان الخرق فاحشاً خُيِّر المالك إن شاء ضمَّنه قيمته وإن شاء أخذ الثوب، وإن ضمنه قيمته لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق بالضمان من وقت الأخذ، فتتم السرقة على ملكه فلا يقطع، وإن اختار أخذ الثوب قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يقطع، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يقطع، وذكر ابن سماعة الخلافَ على عكس هذا، والأول أصح.

قوله: فَإِنِ اخْتَارَ تَضْمِينَ القِيمَةِ وَتَرْكِ الثَّوْبِ، ولفظ ترك على لفظ المصدر المضاف المنصوب، وهذا الاختيار إنما كان إذا كان الخرق فاحشًا، وأمَّا إذا كان إتلافاً فيجب ضمان القيمة بلا خيار؛ لأنه استهلاك من كل وجه، ورُوي في حد الإتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ فَأَوْرَثَ شُبْهَةً، وإن اختار استرداد الثوب فلم يحدث السارقُ فيه ملكاً ولا سبب ملك يبقى القطع عليه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ النُّقْصَانُ فَاحِشًا، فَإِنْ كَانَ يَسِيرًا يُقْطَعُ بِالِاتِّفَاقِ، وقيل في الفرق بين الفاحش واليسير، فقيل: إن أوجب الخرق نقصان رُبع القيمة فصاعدًا فهو فاحش وما دونه يسير، وقيل: ما لا يصلح الباقي لثوب مَّا فهو فاحش واليسير ما يصلح، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

(وَإِنْ سَرَقَ شَاةً فَذَبَحَهَا ثُمَّ أَخْرَجَهَا لَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ السَّرِقَةَ تَمَّتْ عَلَى اللَّحْمِ وَلَا قَطْعَ فِيهِ (وَمَنْ سَرَقَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ فَصَنَعَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ قُطِعَ فِيهِ وَتَرَكَ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ إِلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا سَبِيلَ لِلْمَسْرُوقِ مِنْهُ عَلَيْهِمَا) وَأَصْلُهُ فِي الغَصْبِ فَهَذِهِ صَنْعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ، ثُمَّ وُجُوبُ الحَدِّ لَا يُشْكِلُ عَلَى قَوْلِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَقِيلَ عَلَى قَوْلِهِمَا لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ قَبْلَ القَطْعِ، وَقِيلَ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِالصَّنْعَةِ شَيْئًا آخَرَ فَلَمْ يَمْلِكْ عَيْنَهُ.

(فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ الثَّوْبُ وَلَمْ يَضْمَنْ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ الثَّوْبُ وَيُعْطَى مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ) اعْتِبَارًا بِالغَصْبِ، وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا كَوْنُ الثَّوْبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنُ الصَّبْغِ تَابِعًا، وَلَهُمَا أَنَّ الصَّبْغَ قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى، حَتَّى لَوْ أَرَادَ أَخْذَهُ مَصْبُوغًا يَضْمَنُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ،

قوله: يَجِبُ فِيهِ القَطْعُ، من صورة المسألة، أي: سرق ذهبًا أو فضَّة يجب فيه القطع بأن يساوي عشرة دراهم.

قوله: فَهَذِهِ صَنْعَةٌ مُتَقَوِّمَةٌ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لَهُ، فإن الصنعة في الدراهم والدنانير عنده غير متقومة، ولهذا لو كسر إناء فضة لم يكن لصاحب الإناء أن يأخذ الإناء ويضمنه النقصان، وإذا لم ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله يقطع السارق؛ لأنه لا يملك المسروق.

قوله: فَإِنْ سَرَقَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ أَحْمَرَ، صورة المسألة: سرق ثوبًا فقطع فيه ثم صبغه أحمر إلى آخرها، فإن لفظ رواية «الجامع الصغير»: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر، قال: ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله.

وَحَقُّ المَالِكِ فِي الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً لا مَعْنًى؛ أَلا تَرَى أَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى السَّارِقِ بِالهَلَاكِ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ السَّارِقِ، بِخِلَافِ الغَصْبِ، لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ صُورَةً وَمَعْنًى فَاسْتَوَيَا مِنْ هَذَا الوَجْهِ فَرَجَّحْنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ صَبَغَهُ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنْهُ فِي المَذْهَبَيْنِ) يَعْنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هَذَا وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّ السَّوَادَ زِيَادَةٌ عِنْدَهُ كَالحُمْرَةِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ زِيَادَةٌ أَيْضًا كَالحُمْرَةِ وَلَكِنَّهُ لا يَقْطَعُ حَقَّ المَالِكِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ السَّوَادُ نُقْصَانٌ فَلَا يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: وَحَقُّ المَالِكِ فِي الثَّوْبِ قَائِمٌ صُورَةً لا مَعْنًى، ولهذا لو هلك أو استهلك لا يجب الضمان علم أنه ليس بباق معنًى، وأمَّا حق السارق فثابت صورة ومعنًى، أمَّا صورة فظاهر؛ فإن صبغ الحمرة موجود فيه، وأمَّا معنًى فإن صاحب الثوب لو أخذ الثوب المصبوغ بالحمرة يجب عليه قيمة الصبغ فصار حق السارق أحق بالترجيح، كالموهوب له إذا أصبغ انقطع حق الواهب لما قلنا، فوجب الترجيح بالوجود أوَّلًا، وفي مسألة الغصب استويا في الوجود، فإن الصبغ والثوب موجودان صورةً ومعنًى، فرجحنا جانب صاحب الثوب هناك بالبقاء، فإن الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب، وأمَّا هاهنا فما استويا في الوجود؛ لأن حق صاحب الثوب موجود من وجه دون وجه، وحق السارق موجود من كل وجه، إلى هذا أشار الإمام الكشاني رحمه الله.

قوله: فَرَجَّحْنَا جَانِبَ المَالِكِ بِمَا ذَكَرْنَا، إشارة إلى قوله: وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا كَوْنُ الثَّوْبِ أَصْلًا قَائِمًا وَكَوْنُ الصَّبْغِ تَابِعًا، والله تعالى أعلم.

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ)

بـاب قطع الطريق

لتقديم كتاب السرقة على باب قطع الطريق وجوه:

أحدها: أن ذلك في بيان السرقة الصغرى وهذا في بيان السرقة الكبرى، والترقي إنما يكون من الأصغر إلى الأكبر.

أو لأن السرقة أكثر وجودًا من قطع الطريق لوجودها في الحضر والسفر، بخلاف قطع الطريق فإنه مختص بالسفر أو بما في معناه.

أو لأن قطع الطريق إنما يتحقق في حق من يباشر العارض وهو السفر وما في معناه، فذكر بيان العوارض متأخر عن ذكر الأصول، فكذا بيان ما يتعلق بالعوارض كان متأخرًا عن بيان ما يتعلق بالأصول.

اعلم أن قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى، أمَّا تسميتها سرقةً؛ لأن قاطع الطريق يأخذ المال خفيةً وسرًّا ممَّن إليه حفظ الطريق، وهو الإمامُ الأعظم، كما أن السارق يأخذ المال سرًّا ممَّن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك، أو من يقوم مقام المالك.

وأمَّا تسميتها بالكبرى؛ لأن صور قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم، ولهذا غلَّظ الحد في حق قطاع الطريق، كذا في «المحيط».

ثم اعلم أن لقطاع الطريق الذين لهم أحكام مخصوصة شرائط:

أحدها: أن يكون لهم شوكة ومنعة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم، وقطعوا

قَالَ: (وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ مُمْتَنِعِينَ أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الِامْتِنَاعِ فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ فَأُخِذُوا قَبْلَ أَنْ يَأْخُذُوا مَالًا وَيَقْتُلُوا نَفْسًا حَبَسَهُمُ الْإِمَامُ حَتَّى يُحْدِثُوا

عليهم الطريق سواءٌ كان بالسَّلاح أو بالعصا الكبير والحجر وغيرها.

والثانية: أن يكون ذلك خارج الأمصار بعيدًا عنها، فأمَّا في المصر أو بقرب منه أو بين قريتين فلا يكون قطع الطريق، خلافـًا لأبي يوسف رحمه الله.

والثالثة: أن يكون ذلك في دار الإسلام.

والرابعة: أن يوجد جميع ما شرط في السرقة الصغرى، حتى أنَّ ما أخذوها لو قسم على القطَّاع أصابَ كل واحد عشرة دراهم يجب القطع، وإلا فلا، ويشترط أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال من أهل وجوب القطع، حتى إذا كان أحدهم ذا رحم محرم منهم، أو صبيًّا، أو مجنونـًا لا يجب عليهم القطع خلافـًا لأبي يوسف، وإذا كان معهم امرأة ففيه روايتان، والأصح أنَّها لا تقطع.

والخامسة: أن يظفر بهم الإمام قبل التوبة ورد الأموال إلى أربابها، كذا في «التحفة».

وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: خرج قومٌ للقطع يجبُ على الناس أن يقاتلوهم دفعًا عن أنفس أهل الدار وأموالهم، وإنما يلزمهم حكم القطاع إذا قطعوا في مفازة بينها وبين العمران مسيرة سفر، لهم شوكة، وتشترط الخصومة للظهور، وعن أبي يوسف رحمه الله لا يشترط مسيرة السفر.

قوله: وَإِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ، أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد.

وذكر في «المبسوط»: وإذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من المسلين أو من أهل الذمة.

قوله: مُمْتَنِعِينَ، أي: متقوين بأنفسهم بحيث يمنعون تعرض أهل الغير عن أنفسهم.

قوله: أَوْ وَاحِدٌ يَقْدِرُ عَلَى الِامْتِنَاعِ، أي: على التقوى ومنع نفسه عن تعرض الغير بقوته وشجاعته.

تَوْبَةً، وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، وَالمَأْخُوذُ إِذَا قُسِّمَ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا أَوْ مَا تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذَلِكَ قَطَعَ الإِمَامُ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدًّا) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المائدة: ٣٣] الآيَةَ، وَالمُرَادُ مِنْهُ وَاللهُ أَعْلَمُ التَّوْزِيعُ عَلَى الأَحْوَالِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: هَذِهِ الثَّلَاثَةُ المَذْكُورَةُ، وَالرَّابِعَةُ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ الجِنَايَاتِ تَتَفَاوَتُ عَلَى الأَحْوَالِ فَاللَّائِقُ تَغَلُّظُ

قوله: قَتَلَهُمُ الإِمَامُ حَدًّا، حتى لا يسقط القتل بعفو الأولياء وحتى يسقط ضمان المال المأخوذ حقًّا للعبد.

قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾ الآيَةَ، والمراد بالمحاربين قطاع الطريق والآية نزلت فيهم؛ وإنما سموا محاربين لأن المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى، فإذا أخذه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله: فالأحوال خمس:

إحداها: خوَّفوا لا غير، وهنا عزروا أدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا.

والثانية: أخذوا المال، وفي هذا إذا تابوا قبل أن يؤخذوا، ثم أخذوا لم يحدوا، ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك، ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، يعني: اليد اليمنى والرجل اليسرى، وردوا المال القائم وسقط ضمان الهالك.

والثالثة: جرحوا لا غير، وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص، والأرش فيما لا يجري، والاستيفاء إلى صاحب الحق.

والرابعة: أخذوا المال وجرحوا، وهنا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات؛ لأن حكم ما دون النفس حكم الأموال فسقط الضمان.

والخامسة: أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحدهم رجلًا بسلاح أو غيره، فالحق هنا

الحُكْمِ بِتَغَلُّظِهَا، أَمَّا الحَبْسُ فِي الأُولَى فَلِأَنَّهُ المُرَادُ بِالنَّفْيِ المَذْكُورِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ عَنْ وَجْهِ الأَرْضِ بِدَفْعِ شَرِّهِمْ عَنْ أَهْلِهَا، وَيُعَزَّرُونَ أَيْضًا لِمُبَاشَرَتِهِمْ مُنْكَرَ الإِخَافَةِ، وَشَرْطُ القُدْرَةِ عَلَى الاِمْتِنَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَارَبَةَ لا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالمَنَعَةِ، وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَوْنَاهُ، وَشَرْطُ أَنْ يَكُونَ المَأْخُوذُ مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لِتَكُونَ العِصْمَةُ مُؤَبَّدَةً، وَلِهَذَا لَوْ قَطَعَ الطَّرِيقَ عَلَى المُسْتَأْمَنِ لا يَجِبُ القَطْعُ، وَشُرِطَ كَمَالُ النِّصَابِ

للإمام على ما هو المذكور في الكتاب.

قوله: أَمَّا الحَبْسُ بِالأُولَى، أي: بالحالة الأولى وهي ما إذا أخذوا قبل أن يأخذوا مالًا ويقتلوا نفسًا، وإن قَتلوا وأخذوا المال ثم تابوا وردوا المال على أهاليهم ثمَّ أتِي بهم إلى الإمام لم يقطعهم الإمام ولم يقتلهم، ولكن يدفعهم إلى أولياء القتيل على ما يجيء في الكتاب؛ وإنما ذكر رد المال لأن تمام التوبة به، وأمَّا إذا تابوا ولم يردوا المال لم يذكره في الكتاب نصًّا، فقال بعض المتأخرين: لا يسقط الحد قياسًا على سائر الحدود فإن سائر الحدود لا تسقط بنفس التوبة، وقال بعضهم: تسقط، وإليه أشار في «الأصل»؛ لأن الله تعالى استثنى التائب في السرقة الكبرى بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]، بخلاف الحد في السرقة الصغرى، فإن التائب هناك ليس بمستثنى، كذا في «المحيط».

وقال الشافعي: المراد من الحبس الطلب ليهربوا من كل موضع، وما قلناه أولى؛ لأن العقوبة بالحبس مشروعة والأخذ بما يُوجَد له نظير في الشرع أَوْلَى من الأخذ بما لا نظير له.

قوله: وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ، وهي ما إذا أخذوا المال ولم يقتلوا.

قوله: وَشُرِطَ كَمَالُ النِّصَابِ، إلى آخره، وقال الحسن بن زياد رحمه الله: الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهمًا فصاعدًا؛ لأن التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضوًا واحدًا، وهاهنا المستحق عضوان فلا يقطع عضوان في السرقة إلا باعتبار عشرين درهمًا.

ولكنَّا نقول: تغلظ الحد هاهنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق،

فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَيْ لا يُسْتَبَاحَ طَرَفُهُ إِلَّا بِتَنَاوُلِهِ مَالَهُ خَطَرٌ، وَالمُرَادُ قَطْعُ اليَدِ اليُمْنَى وَالرِّجْلِ اليُسْرَى كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، وَالحَالَةُ الثَّالِثَةُ كَمَا بَيَّنَّاهَا لِمَا تَلَوْنَاهُ (وَيُقْتَلُونَ حَدًّا، حَتَّى لَوْ عَفَا الأَوْلِيَاءُ عَنْهُمْ لا يُلْتَفَتُ إِلَى عَفْوِهِمْ) لِأَنَّهُ حَقُّ الشَّرْعِ، (وَ) الرَّابِعَةُ (إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُو المَالَ فَالإِمَامُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ صَلَبَهُمْ،

لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء، وإن كان لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم درئ الحد عنهم إلا على قول مالك، وهكذا مذهبه في الصغرى، فإنه يعتبر أن يكون المأخوذ في نفسه نصابًا كاملًا سواءً أخذه الواحد أو الجماعة.

ولكنا نقول: إقامة الحد على كل واحد منهم باعتبار ما يصيبه من المال، فلا بدَّ من أن يكون خطيرًا في نفسه، وما دون النصاب حقير تافه ثمَّ يضمنون المال إذا درئ الحد عنهم، كذا في «المبسوط».

قوله: كَيْ لا يُؤَدِّيَ إِلَى تَفْوِيتِ جِنْسِ المَنْفَعَةِ، حتى إذا كان يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليمنى، وأمَّا إذا كانت يده اليمنى مقطوعة تقطع الرجل اليسرى، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَالحَالَةُ الثَّالِثَةُ، وهي ما إذا قتلوا ولم يأخذوا المال.

قوله: فَالإِمَامُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ، من غير قطع الأيدي والأرجل، فكان الخيار للإمام في جَمْع العقوبتين: قطع الأيدي والأرجل مع القتل أو الصلب، وبين القتل أو الصلب ابتداءً من غير قطع الأيدي والأرجل، وكذلك للإمام الاختيار عند اختيار ترك قطع الأيدي والأرجل بين القتل والصلب، فكان الاختيار للإمام في موضعين، وهذا كله قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وأمَّا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يصلبهم الإمام لا غير ولا يقطع أيديهم وأرجلهم، وهذا الذي ذكرتُه مستفاد من «المبسوط»، و«المحيط»، و«الجامع الصغير» لقاضي خان، ففي

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْتَلُ أَوْ يُصْلَبُ وَلا يُقْطَعُ) لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ حَدَّيْنِ، وَلِأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَدْخُلُ فِي النَّفْسِ فِي بَابِ الحَدِّ كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ، وَلَهُمَا أَنَّ هَذِهِ عُقُوبَةٌ وَاحِدَةٌ تَغَلَّظَتْ لِتَغَلُّظِ سَبَبِهَا، وَهُوَ تَفْوِيتُ الأَمْنِ عَلَى التَّنَاهِي بِالقَتْلِ وَأَخْذِ المَالِ، وَلِهَذَا كَانَ قَطْعُ اليَدِ وَالرِّجْلِ مَعًا فِي الكُبْرَى حَدًّا وَاحِدًا، وَإِنْ كَانَا فِي الصُّغْرَى حَدَّيْنِ، وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ، ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ التَّخْيِيرَ بَيْنَ الصَّلْبِ وَتَرْكِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لا يَتْرُكُهُ لِأَنَّهُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ، وَالمَقْصُودُ التَّشْهِيرُ لِيَعْتَبِرَ بِهِ غَيْرُهُ، وَنَحْنُ نَقُولُ أَصْلُ التَّشْهِيرِ بِالقَتْلِ وَالمُبَالَغَةِ بِالصَّلْبِ فَيُخَيَّرُ فِيهِ.

عامة الروايات قول أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله في أن الإمام يكتفي بالقتل أو بالصلب من غير قطع الأيدي والأرجل.

قوله: كَحَدِّ السَّرِقَةِ وَالرَّجْمِ، يعني: أن السارق إذا زنى وهو محصن فإنه يرجم لا غير؛ لأن القتل يأتِي على ذلك كله.

قوله: وَالتَّدَاخُلُ فِي الحُدُودِ لا فِي حَدٍّ وَاحِدٍ، ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل.

فإن قيل: هذا فاسد؛ لأن للإمام أن يقتله ويدع القطع، وعلى قود هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات؟

قلنا: ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل؛ بل لأنه ليس عليه مراعاة الترتيب في إجْرَاء حدٍّ واحدٍ، وكان له أن يبدأ بالقتل كذلك، ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل، كالزانِي إذا ضربَ خمسين جلدة فماتَ فإنه يترك ما بقي؛ لأنه لا فائدة في إقامته، كذا في «المبسوط».

وجعل في «الأسرار» قول من يقول بالقتل بدون قطع اليد والرجل أصح.

ثُمَّ قَالَ: (وَيُصْلَبُ حَيًّا وَيُبْعَجُ بَطْنُهُ بِرُمْحٍ إِلَى أَنْ يَمُوتَ) وَمِثْلُهُ عَنِ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَعَنِ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُقْتَلُ ثُمَّ يُصْلَبُ تَوَقِّيًا عَنِ المُثْلَةِ، وَجْهُ الأَوَّلِ وَهُوَ الأَصَحُّ أَنَّ الصَّلْبَ عَلَى هَذَا الوَجْهِ أَبْلَغُ فِي الرَّدْعِ وَهُوَ المَقْصُودُ بِهِ.

قَالَ: (وَلا يُصْلَبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ) لِأَنَّهُ يَتَغَيَّرُ بَعْدَهَا فَيَتَأَذَّى النَّاسُ بِهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يُتْرَكُ عَلَى خَشَبَةٍ حَتَّى يَتَقَطَّعَ فَيَسْقُطَ لِيَعْتَبِرَ بِهِ غَيْرُهُ، قُلْنَا: حَصَلَ الِاعْتِبَارُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالنِّهَايَةُ غَيْرُ مَطْلُوبَةٍ.

قَالَ: (وَإِذَا قُتِلَ القَاطِعُ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي مَالٍ أَخَذَهُ) اعْتِبَارًا بِالسَّرِقَةِ الصُّغْرَى وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (فَإِنْ بَاشَرَ القَتْلَ أَحَدُهُمْ أَجْرَى الحَدَّ عَلَيْهِمْ بِأَجْمَعِهِمْ) لِأَنَّهُ جَزَاءُ المُحَارَبَةِ، وَهِيَ تَتَحَقَّقُ بِأَنْ يَكُونَ البَعْضُ رِدْءًا لِلْبَعْضِ حَتَّى إِذَا زَلَّتْ أَقْدَامُهُمْ انْحَازُوا إِلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا الشَّرْطُ القَتْلُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَقَدْ تَحَقَّقَ.

قَالَ: (وَالقَتْلُ وَإِنْ كَانَ بِعَصًا أَوْ بِحَجَرٍ أَوْ بِسَيْفٍ فَهُوَ سَوَاءٌ) لِأَنَّهُ يَقَعُ قَطْعًا لِلطَّرِيقِ بِقَطْعِ المَارَّةِ (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلِ القَاطِعُ وَلَمْ يَأْخُذْ مَالًا وَقَدْ جَرَحَ اُقْتُصَّ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ القِصَاصُ، وَأُخِذَ الأَرْشُ مِنْهُ فِيمَا فِيهِ الأَرْشُ وَذَلِكَ إِلَى الأَوْلِيَاءِ) لِأَنَّهُ لا حَدَّ فِي هَذِهِ

البعج: الشقُّ من حدِّ منع.

قوله: تَوَقِّيًا عَنِ المُثْلَةِ، ونَهى رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم عن المثلة ولو بالكلب العقور.

قوله: قُلْنَا: حَصَلَ الِاعْتِبَارُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وهو أن الاعتبار يحصل بالصلب بثلاثة أيَّام.

قوله: وَإِذَا قُتِلَ القَاطِعُ، أي: قاطع الطريق.

قوله: انْحَازُوا إِلَيْهِمْ، أي: انضموا.

الجِنَايَةِ فَظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ فَيَسْتَوْفِيهِ الوَلِيُّ (وَإِنْ أَخَذَ مَالًا ثُمَّ جَرَحَ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ وَبَطَلَتِ الجِرَاحَاتُ) لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ الحَدُّ حَقًّا لِلَّهِ سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ المَالِ.

(وَإِنْ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ) لِأَنَّ الحَدَّ فِي هَذِهِ الجِنَايَةِ لا يُقَامُ بَعْدَ التَّوْبَةِ لِلاسْتِثْنَاءِ المَذْكُورِ فِي النَّصِّ، وَلِأَنَّ التَّوْبَةَ تَتَوَقَّفُ عَلَى رَدِّ المَالِ وَلا قَطْعَ فِي مِثْلِهِ، فَظَهَرَ حَقُّ العَبْدِ فِي النَّفْسِ وَالمَالِ حَتَّى

قوله: سَقَطَتْ عِصْمَةُ النَّفْسِ كَمَا تَسْقُطُ عِصْمَةُ المَالِ؛ لأن القطع مع الضمان لا يجتمعان.

قوله: وَإِنْ أُخِذَ بَعْدَ مَا تَابَ وَقَدْ قَتَلَ عَمْدًا فَإِنْ شَاءَ الأَوْلِيَاءُ قَتَلُوهُ وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا عَنْهُ، وكذلك إن أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا عمدًا، ولكن ما أخذوه من الأموال شيءٌ تافه، أو لا يصيب لكل واحد منهم نصاب فالأمر في القصاص في النفس وغيرها إلى الأولياء، إن شاءوا استوفوا وإن شاءوا عفوا، وقد طعن عيسى رحمه الله عليه في هذه المسألة فقال: يقتلهم الإمام حدًّا؛ لأنَّهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئًا من المال قتلهم الإمام حدًّا لا قصاصًا؛ وهذا لأن ما دون النصاب لمَّا لم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه؛ أو لأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال، وما يغلظ الجناية لا يكون مسقطًا للحد.

ولكن ما قلناه أصحُّ وهو المذكور في الكتاب؛ لأن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود، والظاهر أنَّهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال، وإنما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال، فإذا لم يأخذوا المال عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وإنَّما كان القتل، فأوجبنا عليهم الحد قتلًا بالقتيل الموجود منهم، فأمَّا إذا أخذوا المال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال، وإن كان إقدامهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن إيجاب الحد عليهم إذا كان ما يصيب كل واحد منهم ما دون النصاب، كذا في «المبسوط».

وعدَّ هذه المسألة في «الفوائد الظهيريَّة» من أعجب المسائل، وأمر بحفظها، وكونها

يَسْتَوْفِي الوَلِيُّ القِصَاصَ أَوْ يَعْفُوَ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ.

(وَإِنْ كَانَ مِنَ القُطَّاعِ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ المَقْطُوعِ عَلَيْهِ سَقَطَ الحَدُّ عَنِ البَاقِينَ) فَالمَذْكُورُ فِي الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَوْ بَاشَرَ العُقَلَاءُ يُحَدُّ البَاقُونَ وَعَلَى هَذَا السَّرِقَةُ الصُّغْرَى، لَهُ أَنَّ المُبَاشِرَ أَصْلٌ، وَالرِّدُّ تَابِعٌ وَلا خَلَلَ فِي مُبَاشَرَةِ العَاقِلِ وَلا اعْتِبَارَ بِالخَلَلِ فِي التَّبَعِ، وَفِي عَكْسِهِ يَنْعَكِسُ المَعْنَى وَالحُكْمُ، وَلَهُمَا أَنَّهُ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ قَامَتْ بِالكُلِّ، فَإِذَا لَمْ يَقَعْ فِعْلُ بَعْضِهِمْ مُوجِبًا كَانَ فِعْلُ البَاقِينَ بَعْضَ العِلَّةِ وَبِهِ لا يَثْبُتُ الحُكْمُ فَصَارَ كَالخَاطِئِ مَعَ العَامِدِ، وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ المَحْرَمِ فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ إذَا

أعجب من حيث أن ازدياد الجناية بأخذ ما دون النصاب مع القتل أورث خفة في فعله حيث جعل للعفو مجالًا، بخلاف ما لو لم يأخذ شيئًا وقتل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حدًّا.

قوله: وَيَجِبُ الضَّمَانُ إذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ، فإن قيل: وجوب الضمان إنَّما كان بسقوط الحد؛ لأن الحد مع الضمان لا يجتمعان، ثم سقوط الحد باعتبار التوبة فإنَّهم أخذوا بعد ما تابوا، والتوبة إنما تتمُّ إذا ردوا الأموال على ملاكها على ما ذكر في الكتاب، فبعد الرد إلى أربابها كيف يتصور هلاك المال واستهلاكه في يد قطاع الطريق؟

قلنا: تفرض المسألة في ردِّ بعض المال فكان ردُّ بعض المال شبهة في وجوب القطع، فلما سقطَ القطع بالشبهة وجب ضمان المال.

قوله: وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ المَحْرَمِ فَقَدْ قِيلَ تَأْوِيلُهُ، إلى آخره، وقد ذهب أبو بكر الرازي رحمه الله إلى أن المسألة محمولة على ما إذا كان المال مشتركًا بين المقطوع عليهم، وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فلا يجب الحد على الباقين؛ لأن المأخوذ شيء واحد، فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين، وأمَّا إذا كان لكل واحد منهم مالٌ مفردٌ فالحد يجري عليهم؛ لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره، كما لو سرقوا

كَانَ المَالُ مُشْتَرَكًا بَيْنَ المَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ مُطْلَقٌ لِأَنَّ الجِنَايَةَ وَاحِدَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فَالِامْتِنَاعُ فِي حَقِّ البَعْضِ يُوجِبُ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّ البَاقِينَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ مُسْتَأْمَنٌ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لِخَلَلٍ فِي العِصْمَةِ وَهُوَ يَخُصُّهُ، أَمَّا هُنَا الِامْتِنَاعُ لِخَلَلٍ فِي الحِرْزِ، وَالقَافِلَةُ حِرْزٌ وَاحِدٌ.

(وَإِذَا سَقَطَ الحَدُّ صَارَ القَتْلُ إِلَى الأَوْلِيَاءِ) لِظُهُورِ حَقِّ العَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ (فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا عَفَوْا، وَإِذَا قَطَعَ بَعْضُ القَافِلَةِ الطَّرِيقَ عَلَى البَعْضِ لَمْ يَجِبِ

من حرز ذي الرحم من أحدهما مالًا ومن حرز أجنبيٍّ مالًا آخر، بخلاف ما إذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم ماله ومال غيره؛ لأن الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر في الحرز في قطع الطريق، فكل واحدٍ حافظ لماله، والأصح أن الجواب في الكل واحد؛ لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيءٍ واحد، فإنَّهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحدٍ، فإذا تمكَّنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فقد تمكَّنت الشبهة في جميعه، بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز؛ لأن كل واحدٍ من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقةً وحكماً، كذا في «المبسوط»، و«الإيضاح».

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ - أي: في المقطوع عليهم وهم القافلة - مُسْتَأْمَنٌ، فورود الشبهة هو أن قطع الطريق بأخذ مال المستأمن وحده لا يوجب حد قطاع الطريق، كما أن قطع الطريق بأخذ مال ذي الرحم المحرم وحده لا يوجب حد قطاع الطريق، ثمَّ اختلاط ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق سائر القافلة صار شبهة في إقامة حد قطاع الطريق، واختلاط المستأمن المسلمين لم يصر شبهة في إقامة حدِّ قطاع الطريق، بل يقام الحد عليهم إذا أخذوا مال المسلمين والمستأمنين، والجواب ما ذكر في الكتاب.

قوله: وَهُوَ يَخُصُّهُ، أي: الخلل يخص المستأمن فلا تصير شبهة؛ لأن الشبهة إذا كانت في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه، كما إذا سرق الخمر وعشرة دراهم، وأمَّا وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز؛ لأن القافلة بمنزلة بيت واحدٍ،

الحَدُّ) لِأَنَّ الحِرْزَ وَاحِدٌ فَصَارَتِ القَافِلَةُ كَدَارٍ وَاحِدَةٍ (وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فِي المِصْرِ أَوْ بَيْنَ الكُوفَةِ وَالحِيرَةِ فَلَيْسَ بِقَاطِعِ الطَّرِيقِ) اسْتِحْسَانًا، وَفِي القِيَاسِ يَكُونُ قَاطِعَ الطَّرِيقِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِوُجُودِهِ حَقِيقَةً، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يَجِبُ الحَدُّ إِذَا كَانَ خَارِجَ المِصْرِ إِنْ كَانَ بِقُرْبِهِ؛ لِأَنَّهُ لا يَلْحَقُهُ

فصار كأن القريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب، فإنه لا يقطع هناك لشبهة تمكّنت في الحرز.

وذكر في «المبسوط»: وإذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون ومستأمنون أقيم عليهم الحد، إلا أن يكون القتل وأخذ المال وقع على أهل الحرب خاصّة فحينئذٍ لا يجب الحد، كما لو لم يكن معهم غيرهم، وأمّا إذا وقع القتل وأخذ المال على المسلمين وأهل الحرب يقام عليهم الحد كما لو لم يكن أهل الحرب معهم، وهذا بخلاف ما إذا كان في القافلة ذو رحم محرم من أحدهم إلى آخره.

قوله: وَمَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِالمِصْرِ، إلى آخره، وبعض المتأخرين قالوا: إن أبا حنيفة رضي الله عنه أجابَ بذلك بناءً على عادة أهل زمانه، فإن الناس في زمنه في المصر وفي القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فيندر مع ذلك تمكن القاصد من قطع الطريق وأخذ المال، والحكم لا يبنى على النادر، وأمّا في زماننا ترك الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرى.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إن قصده في المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن قصده بالحجر أو بالخشب فإن كان في الليل يقام عليه حد قطاع الطريق، وإن كان في النهار فلا، كذا في «المحيط».

وجملته أن من دخل على إنسان في بيته ليلًا مكابرةً وأخذ ماله فهو سرقة، فإن كان في طريق المفازة فقطعٌ، وإن كان في طريق الأمصار أو القرى إن كان في الخفية فسرقة، وإن كان بالمكابرة إن كان ليلًا فكذلك، وإن كان نَهارًا لا يقطع، وعن أبي يوسف رحمه الله: يقطع،

الغَوْثُ، وَعَنْهُ إنْ قَاتَلُوا نَهَارًا بِالسِّلَاحِ أَوْ لَيْلًا بِهِ أَوْ بِالخَشَبِ فَهُمْ قُطَّاعُ الطَّرِيقِ لِأَنَّ السِّلَاحَ لا يَلْبَثُ وَالغَوْثُ يُبْطِئُ بِاللَّيَالِي، وَنَحْنُ نَقُولُ: إنَّ قَطْعَ الطَّرِيقِ بِقَطْعِ المَارَّةِ وَلا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي المِصْرِ وَيَقْرُبُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لُحُوقُ الغَوْثِ، إلَّا أَنَّهُمْ يُؤْخَذُونَ بِرَدِّ المَالِ أَيْضًا لا لِلْحَقِّ إلَى المُسْتَحِقِّ، وَيُؤَدَّبُونَ وَيُحْبَسُونَ لِارْتِكَابِهِمِ الجِنَايَةَ، وَلَوْ قَتَلُوا فَالأَمْرُ فِيهِ إلَى الأَوْلِيَاءِ لِمَا بَيَّنَّا.

(وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا حَتَّى قَتَلَهُ فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَهِيَ مَسْأَلَةُ القَتْلِ بِالمُثْقَلِ، وَسَنُبَيِّنُ فِي بَابِ الدِّيَاتِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَإِنْ خَنَقَ فِي المِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَاعِيًا فِي الأَرْضِ بِالفَسَادِ فَيُدْفَعُ شَرُّهُ بِالقَتْلِ، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله.

قوله: وَعَنْهُ، أي: وعن أبي يوسف رحمه الله.

قوله: وَالغَوْثُ يُبْطِئُ بِاللَّيَالِي، الغوث: اسم للإغاثة التي هي النصرة، والبطء: نقيض السرعة، أي: النصرة لا يسرع بالليالي فاستوى الخشب والسلاح لذلك.

قوله: وَمَنْ خَنَقَ رَجُلًا، بالتخفيف من خنقه: إذا عصر حلقه خنقاً بكسر النون من حدّ دخل، والخنَّاق: فاعله، والله تعالى أعلم.

(كِتَابُ السِّيَرِ)

كتابُ السير

تناسب الحدود والسير من حيث أن كلًّا منهما حسنةٌ لمعنى في غيرها، وذلك الغير يتأدَّى بفعل المأمور به؛ ولأن المقصود من الحدود إخلاء العالم عن فساد المعاصي، وفي السير المقصود إخلاء العالم عن رأس المعاصي.

ثمَّ تقديم الحدود على السير على الوجه الثانِي ظاهر؛ لأن التَّرقي إنما يكون أبدًا من الأدنى إلى الأعلى، وعلى الوجه الأول أيضًا كذلك؛ لأن في الحدود معاملة مع المسلمين في الأغلب، أو على الخصوص كما في حد الشرب، وفي السير معاملة مع الكفار، فتقديم بيان المسائل التي تختص بالمسلمين أوْلَى.

وذكر في «المنشور»: السِّير جمع سيرة، وهي الفعلة من السير، وقد يُراد به السير الذي هو قطع المسافة، وقد يُراد به السّنة في المعاملات، يقال: سار أبو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم، وسُمِّيت المغازي سيرًا لأن أوَّل أمورها السير إلى العدوّ، وأن المراد بِها سير الإمام ومعاملاته مع الغزاة والأنصار، ومع العداة والكفار.

وذكر في «المغرب»: أصل السيرة حالة السير، إلا أنَّها غلبت في لسان الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها، كالمناسك على أمور الحج، وقالوا: «السير الكبير»، فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب، كقولهم: صلاة الظهر، وسير الكبير خطأ، كجامع الصغير، وجامع الكبير.

والمغازي: جمع المغزاة من غزوتُ العدوَّ، قصدتُه للقتال غزوًا، وهي الغزوة والغزاة والمغزاة.

السِّيَرُ جَمْعُ سِيرَةٍ، وَهِيَ الطَّرِيقَةُ فِي الأُمُورِ، وَفِي الشَّرْعِ تَخْتَصُّ بِسِيَرِ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي مَغَازِيهِ.

قَالَ: (الجِهَادُ فَرْضٌ عَلَى الكِفَايَةِ إِذَا قَامَ بِهِ فَرِيقٌ مِّنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ) أَمَّا الفَرْضِيَّةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

ثم محاسن السير كثيرة؛ إذ فيها قمع أعداء الله تعالى، ونصر أوليائه، واتباع رُسله وأنبيائه، وإعلاء كلمة الإسلام، وإخراج البشر عن الاكتفاء بدرجة الأنعام، قال الله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ كَٱلْأَنْعَٰمِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ﴾ [الأعراف: ١٧٩]، ثم فيها وإن كان إفساد لبنية الإنسانية لكن تضمن ذلك الإفساد إصلاحًا باعتبار عاقبته، كالحجامة والزراعة إفساد بصورتها، لكن لمَّا آلت إلى الصلاح جعلت إصلاحًا باعتبار المآل.

فنحتاج في هذا الكتاب إلى بيان الجهاد، وبيان سببه، وبيان كيفية فرض الجهاد، وبيان من يفترض عليه، وبيان ما يجب حال شهود الوقعة، وبيان أحكام الأنفال، وبيان حكم الجزية، وبيان أحكام الردة، وأحكام البغاة وما يتعلق بهما.

أمَّا بيان الجهاد: فقد ذكر في «التحفة»: الجهاد هو الدعاء إلى الدين الحق، والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال، قال الله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ﴾ [التوبة: ٤١]، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ١١١].

وأمَّا بيان سببه: فقد ذكر في «الأسرار»: قال علماؤنا: سبب إباحة القتال مع الكفرة كونهم حربًا علينا، وقال الشافعي: السبب هو الكفر منهم، وتأتِي ثمرة هذا الاختلاف في مسألة: أن المسلم يقتل بالذمي قصاصًا عندنا، إن شاء الله تعالى، وما سواهما مذكورٌ في الكتاب.

قوله: وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ»، من مضى في الأمر مضاءً بمعنى نفذ.

فإن قيل: كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد؟

«الجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ» وَأَرَادَ بِهِ فَرْضًا بَاقِيًا، وَهُوَ فَرْضٌ عَلَى الكِفَايَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا فُرِضَ لِعَيْنِهِ إِذْ هُوَ إِفْسَادٌ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا فُرِضَ لِإِعْزَازِ دِينِ اللهِ وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنِ العِبَادِ، فَإِذَا حَصَلَ المَقْصُودُ بِالبَعْضِ سَقَطَ عَنِ البَاقِينَ كَصَلَاةِ الجِنَازَةِ وَرَدِّ السَّلَامِ.

(فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ) لِأَنَّ الوُجُوبَ عَلَى الكُلِّ، وَلِأَنَّ فِي اشْتِغَالِ الكُلِّ بِهِ قَطْعَ مَادَّةِ الجِهَادِ مِنَ الكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيَجِبُ عَلَى الكِفَايَةِ (إِلَّا أَنْ

قلنا: خبر الواحد إذا تأيّد بالحجة القطعية صحّ إضافة حكم الفرضية إليه، وهاهنا تأيّد هذا الحديث بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ﴾ [التوبة: ٥] وبالإجماع.

قوله: فَإِنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ؛ لأنه إنَّما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض، فإذا لم يحصل هذا المعنى تعيَّن الفرض على كل الناس، وإنما شرط في ذلك من كان فيه غناء ودفاع؛ لأن من لا ينتفع به فهو عاجز عن إقامة الفرض، والتكليف لا يأتي مع العجز كما في سائر العبادات، كذا في «الإيضاح».

وذكر في «الذخيرة»: فإذا جاء النفير إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد، فأمَّا على من وراءهم ببعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم، فأمَّا إذا احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو، أو لم يعجزوا عن المقاومة إلا أنَّهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين، كالصوم والصلاة لا يسعهم تركه، ثمَّ وثمَّ إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج، ونظيره الصلاة على الميت، فإن ماتَ في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقومو بأسبابه، وليس على من كان ببعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذي بعيد من الميت يعلم أن أهل المحلة يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه، كذا هنا.

ثم يستوي أن يكون المُسْتنفر عدلًا أو فاسقاً يقبل خبره في ذلك.

قوله: مِنَ الكُرَاعِ، أي: من الخيل.

يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا) فَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مِنْ فُرُوضِ الأَعْيَانِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الآيَةَ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: الجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ المُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ، فَأَوَّلُ هَذَا الكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ عَلَى الكِفَايَةِ وَآخِرُهُ

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ النَّفِيرُ عَامًّا، أي: إلا أن يكون الخروج إلى دار الحرب عامًّا، من نفر القوم في الأمر، أو إلى الثغر نفرًا ونفيرًا، أي: خروجًا.

قوله: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾، أي: أخرجوا إلى الغزو شباناً وشيوخاً.

فإن قلتَ: هذه الآية بإطلاقها تدل على أن يكون الجهاد من فروض الأعيان في جميع الأحوال؛ لأنها غير مختصه بالنفير العام، فما وجه التخصيص بالنفير العام مع أن العبرة لعموم اللفظ؟

قلتُ: عرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما إذا لم يكن النفير عامًّا بآية أخرى، والسنة، وشيء من المعقول، أمَّا الآية فهي قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾ إلى قوله: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ [النساء: ٩٥]، وعد القاعدين الحسنى، ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الإثم دون الحسنى.

وأمَّا السنة: فقد صحَّ أن النبي صلَّى الله عليه وسلَّم خرج في بعض الغزوات وقعد في البعض، وكذلك كان النبي صلَّى الله عليه وسلَّم حين خرج إلى الغزو ما كان يخرج كل أهل المدينة، فلو كان فرض عين لم يدع أحدًا منهم.

وأمَّا المعقول فهو ما ذكر في الكتاب بقوله: وَلِأَنَّ فِي اشْتِغَالِ الكُلِّ بِهِ قَطْعَ مَادَّةِ الجِهَادِ.

قوله: فَأَوَّلُ هَذَا الكَلَامِ إِشَارَةٌ إِلَى الوُجُوبِ عَلَى الكِفَايَةِ، أراد بأول الكلام قوله: الجِهَادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ المُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ؛ إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فكان بمجموعة من المستثنى منه والمستثنى إشارة إلى الوجوب على الكفاية.

قوله: وَآخِرُهُ، وهو قوله: حَتَّى يُحْتَاجَ إِلَيْهِمْ.

إِلَى النَّفِيرِ العَامِّ، وَهَذَا لِأَنَّ المَقْصُودَ عِنْدَ ذَلِكَ لَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِإِقَامَةِ الكُلِّ فَيُفْتَرَضُ عَلَى الكُلِّ (وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ) وَإِنْ لَمْ يَبْدَءُوا لِلْعُمُومَاتِ.

(وَلَا يَجِبُ الجِهَادُ عَلَى صَبِيٍّ)؛ لِأَنَّ الصِّبَا مَظِنَّةُ المَرْحَمَةِ (وَلَا عَبْدٍ وَلَا امْرَأَةٍ) لِتَقَدُّمِ حَقِّ المَوْلَى وَالزَّوْجِ (وَلَا أَعْمَى وَلَا مُقْعَدٍ وَلَا أَقْطَعَ لِعَجْزِهِمْ، فَإِنْ هَجَمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ، تَخْرُجُ المَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا وَالعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْلَى) لِأَنَّهُ صَارَ فَرْضَ عَيْنٍ، وَمِلْكُ اليَمِينِ وَرِقُّ النِّكَاحِ لَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ فُرُوضِ

قوله: وَقِتَالُ الكُفَّارِ وَاجِبٌ - أي: الكفار الذين امتنعوا عن الإسلام وعن أداء الجزية - وَإِنْ لَمْ يَبْدَءُوا؛ وإنَّما ذكر هذا لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١]، يدل على قتال الكفار إنَّما يجب إذا بدأونا بالمقاتلة وليس كذلك، بل تجب مقاتلتهم وإن لم يبدأوا.

اعلم أنَّ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم كان مأمورًا في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين، قال الله تعالى: ﴿فَٱصْفَحِ ٱلصَّفْحَ ٱلْجَمِيلَ ﴿٨٥﴾﴾ [الحجر: ٨٥]، وقال تعالى: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴿١٠٦﴾﴾ [الأنعام: ١٠٦]، ثمَّ أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة بالأحسن، قال الله تعالى: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ وَجَٰدِلْهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [النحل: ١٢٥]، ثمَّ أمر بالقتل إذا كانت البداية منهم فقال تعالى: ﴿أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَٰتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا﴾ [الحج: ٣٩]، أي: أُذن لهم في الدفع، وقال الله تعالى: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١]، وقال الله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]، ثمَّ أمر بالقتال ابتداءً في بعض الأزمان، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، أمر بالبداية بالقتال مطلقًا في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها، قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [الأنفال: ٣٩]، وقال الله تعالى: ﴿قَٰتِلُوا ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ﴾

الأَعْيَانِ كَمَا فِي الصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ النَّفِيرِ؛ لِأَنَّ بِغَيْرِهِمَا مَقْنَعًا فَلَا ضَرُورَةَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ المَوْلَى وَالزَّوْجِ (وَيُكْرَهُ الجُعْلُ مَا دَامَ لِلْمُسْلِمِينَ فَيْءٌ)؛ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الأَجْرَ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَالَ بَيْتِ المَالِ مُعَدٌّ لِنَوَائِبِ المُسْلِمِينَ.

قَالَ: (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا) لِأَنَّ فِيهِ دَفْعَ الضَّرَرِ الأَعْلَى بِالحَاقِ الأَدْنَى، يُؤَيِّدُهُ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَخَذَ دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» وَعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُغْزِي الأَعْزَبَ عَنْ ذِي الحَلِيلَةِ، وَيُعْطِي الشَّاخِصَ فَرَسَ القَاعِدِ.

[التوبة: ٢٩]، كذا في «المبسوط»، و«الذخيرة».

وذكر في «الإيضاح»: والقتال مشروع في جميع الأوقات، وحرمة القتال في أشهر الحرام نسخت بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقد حاصر رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم الطائف لعشر بقين من المحرم، والمحاصرة نوع من القتال.

قوله: وَيُكْرَهُ الجُعْلُ، أراد بالجعل ما يضرب الإمام للغزاة على الناس بما يتقوي به الذين يخرجون إلى الجهاد.

قوله: لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الأَجْرَ، وحقيقة الأجرة حرام فما يشبه الأجرة يكون مكروهًا، كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: كَانَ يُغْزِي الأَعْزَبَ، يقال: أغزى الأميرُ الجيشَ إذا بعثه إلى العدوّ، ويقال: رجل عَزَبٌ، بالتحريك لا زوج له، ولا يقال: أعزب، وقد جاء في الحديث: «وهو شاب أعزب»، كذا في «المغرب».

الشخوص: الذّهاب من بلد إلى بلد من حدِّ فتحَ، والله تعالى أعلم.

(بَابُ كَيْفِيَّةِ القِتَالِ)

(وَإِذَا دَخَلَ المُسْلِمُونَ دَارَ الحَرْبِ فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا دَعَوْهُمْ إِلَى الإِسْلَامِ) لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - مَا قَاتَلَ قَوْمًا حَتَّى دَعَاهُمْ إِلَى الإِسْلَامِ».

قَالَ: (فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَقَدْ قَالَ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ» الحَدِيثَ.

(وَإِنِ امْتَنَعُوا دَعَوْهُمْ إِلَى أَدَاءِ الجِزْيَةِ) بِهِ أَمَرَ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

باب كيفية القتال

لمَّا كان الأمر الأول في باب الجهاد القتل بدأ ببيان كيفيته.

قوله: فَحَاصَرُوا مَدِينَةً أَوْ حِصْنًا، المحاصرة: (كسِي را در حصار كردن)، يقال: حاصره العدوّ محاصرةً وحصارًا، إذا ضيقوا عليه وأحاطوا به.

مدنَ الرجل بالمكان أقامَ به، ومنه سُمِّي المدينة.

والحِصن بالكسر كل مكان محمي محرز لا يتوصل إلى ما في جوفه، فالمدينة أكبر من الحِصن.

قوله: فَإِنْ أَجَابُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ، أي: امتنعوا عن قتالهم، أو منعوا أنفسهم عنه، فكفَّ لازم ومتعد.

أُمَرَاءَ الجُيُوشِ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ مَا يَنْتَهِي بِهِ القِتَالُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ الجِزْيَةُ، وَمَنْ لا تُقْبَلُ مِنْهُ كَالمُرْتَدِّينَ وَعَبَدَةِ الأَوْثَانِ مِنَ العَرَبِ لا فَائِدَةَ فِي دُعَائِهِمْ إِلَى قَبُولِ الجِزْيَةِ لِأَنَّهُ لا يُقْبَلُ مِنْهُمْ إِلَّا الإِسْلَامُ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾ [الفتح: ١٦] (فَإِنْ بَذَلُوهَا فَلَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِنَّمَا بَذَلُوا الجِزْيَةَ لِيَكُونَ دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا، وَالمُرَادُ بِالبَذْلِ القَبُولُ وَكَذَا المُرَادُ بِالإِعْطَاءِ المَذْكُورِ فِيهِ فِي القُرْآنِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

(وَلا يَجُوزُ أَنْ يُقَاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ إِلَى الإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَدْعُوهُ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي وَصِيَّةِ أُمَرَاءِ الأَجْنَادِ «فَادْعُهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ» وَلِأَنَّهُمْ بِالدَّعْوَةِ يَعْلَمُونَ أَنَّا نُقَاتِلُهُمْ عَلَى الدِّينِ لا عَلَى سَلْبِ الأَمْوَالِ وَسَبْيِ الذَّرَارِيِّ فَلَعَلَّهُمْ يُجِيبُونَ فَنُكْفَى مُؤْنَةَ القِتَالِ، وَلَوْ قَاتَلَهُمْ قَبْلَ الدَّعْوَةِ أَثِمَ لِلنَّهْيِ، وَلا غَرَامَةَ لِعَدَمِ العَاصِمِ وَهُوَ الدِّينُ أَوِ الإِحْرَازُ بِالدَّارِ فَصَارَ كَقَتْلِ النِّسْوَانِ وَالصِّبْيَانِ (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُوَ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ) مُبَالَغَةً فِي الإِنْذَارِ، وَلا يَجِبُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ صَحَّ

قوله: فَنُكْفَى - بالنون على بناء المفعول - مُؤْنَةَ القِتَالِ، بنصب مُؤْنَةَ على المفعول الثاني.

قوله: لِعَدَمِ العَاصِمِ - أي: العاصم عن الغرامة - وَهُوَ الدِّينُ - أي على قول الشافعي - أَوِ الإِحْرَازُ بِالدَّارِ، أي: على قولنا.

قوله: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْعُوَ مَنْ بَلَغَتْهُ الدَّعْوَةُ مُبَالَغَةً فِي الإِنْذَارِ، فإنَّ النبي صلَّى الله عليه وسلَّم كان إذا قاتل قومًا من المشركين دعاهم ثم اشتغل بالصلاة وعاد بعد الفراغ إلى القتال جدد الدعوة، فإن تركوا ذلك وبيَّتُوهم فلا بأس بذلك؛ لأنَّهم علموا أنَّهم على ماذا يقاتلون،

«أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمُصْطَلِقِ وَهُمْ غَارُّونَ»، «وَعَهِدَ إِلَى أُسَامَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنْ يُغِيرَ عَلَى أُبْنَى صَبَاحًا ثُمَّ يُحَرِّقَ» وَالْغَارَةُ لا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ.

قَالَ: (فَإِنْ أَبَوْا ذَلِكَ اسْتَعَانُوا بِاللهِ عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي حَدِيثِ سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ «فَإِنْ أَبَوْا ذَلِكَ فَادْعُهُمْ إِلَى إِعْطَاءِ الْجِزْيَةِ ... إِلَى أَنْ قَالَ: فَإِنْ أَبَوْهَا فَاسْتَعِنْ بِاللهِ عَلَيْهِمْ وَقَاتِلْهُمْ» وَلِأَنَّهُ تَعَالَى هُوَ النَّاصِرُ لِأَوْلِيَائِهِ وَالْمُدَمِّرُ عَلَى أَعْدَائِهِ فَيُسْتَعَانُ بِهِ فِي كُلِّ الْأُمُورِ.

قَالَ: (وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ الْمَجَانِيقَ) كَمَا نَصَبَ رَسُولُ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَى الطَّائِفِ (وَحَرَّقُوهُمْ) لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَحْرَقَ الْبُوَيْرَةَ.

قَالَ: (وَأَرْسَلُوا عَلَيْهِمُ الْمَاءَ وَقَطَّعُوا أَشْجَارَهُمْ وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ) لِأَنَّ فِي جَمِيعِ

ولو اشتغلوا بالدعوة رُبَّما تحصَّنوا فلا يتمكن المسلمون منهم، فكان لهم أن يقاتلونَهم بغير دعوة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَهُمْ غَارُّونَ - أي: غافلون - وَعَهِدَ إِلَى أُسَامَةَ، أي: أوصاه أن يغيروا، من أغارَ على العدوّ أخرجه من خبائه بِهجومه عليه.

وَأُبْنَى: بوزن حُبْلَى موضع بالشام.

قوله: وَالغَارَةُ لا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ؛ لأن فيها ستر الأمر والإسراع؛ لأنَّها اسم مصدر للإغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الفرس إغارةً وغارةً إذا أسرع في العدو ومنه: «كَيْمَا نُغِير».[1]

الْبُوَيْرَةَ: بوزن لفظ مُصغَّر الدار، موضعٌ، الكَبْتُ: (خوار كردن)، من حدِّ ضربَ.

---

(١) يريد الشَّارح رحمه الله الحديث الوارد في شأن الحج: «أشرِقْ ثَبِير كَيْمَا نُغِير»، أي: نذهب سريعاً، انظر: «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٣/ ٣٩٤).

ذَلِكَ إلحَاقَ الكَبْتِ وَالغَيْظِ بِهِمْ وَكَسْرِ شَوْكَتِهِمْ وَتَفْرِيقِ جَمْعِهِمْ فَيَكُونُ مَشْرُوعًا، (وَلا بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ أَوْ تَاجِرٌ) لِأَنَّ فِي الرَّمْيِ دَفْعَ الضَّرَرِ العَامِّ بِالذَّبِّ عَنْ بَيْضَةِ الإِسْلَامِ، وَقَتْلُ الأَسِيرِ وَالتَّاجِرِ ضَرَرٌ خَاصٌّ، وَلِأَنَّهُ قَلَّمَا يَخْلُو حِصْنٌ عَنْ مُسْلِمٍ، فَلَوِ امْتَنَعَ بِاعْتِبَارِهِ لانْسَدَّ بَابُهُ.

(وَإِنْ تَتَرَّسُوا بِصِبْيَانِ المُسْلِمِينَ أَوْ بِالأُسَارَى لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِمْ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (وَيَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الكُفَّارَ) لِأَنَّهُ إِنْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فِعْلًا فَلَقَدْ أُمْكِنَ قَصْدًا، وَالطَّاعَةُ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لا دِيَةَ عَلَيْهِمْ وَلا كَفَّارَةَ لِأَنَّ الجِهَادَ فَرْضٌ وَالغَرَامَاتُ

قوله: وَلا بَأْسَ بِرَمْيِهِمْ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُسْلِمٌ أَسِيرٌ، وقال الحسن بن زياد: إذا علم أن فيهم مسلمًا وأنه يتلف بهذا الصنيع لم يحل ذلك؛ لأن الإقدام على قتل المسلم حرامٌ، وترك قتل الكافر جائز، ألا ترى أن للإمام أن لا تقتل الأسارى لمنفعة المسلمين، فكان مراعاة جانب المسلم أَوْلَى من هذا الوجه.

ولكنا نقول: أمرنا بقتالهم، ولو اعتبرنا هذا المعنى أدّي إلى سدِّ باب القتال معهم، فإن حصونهم ومداينهم قلّما يخلو عن مسلم عادة؛ ولأنه يجوز لنا أن نفعل ذلك بهم وإن كان فيهم نساؤهم وصبيانهم، فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم، كذا في «المبسوط».

قوله: بَيْضَةِ الإِسْلَامِ، أي: مجتمعه، للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعامة وغيرها؛ لأن تلك مجتمع الولد، كذا في «المغرب».

قوله: لانْسَدَّ بَابُهُ، أي: بابُ الجهاد.

قوله: وَمَا أَصَابُوهُ مِنْهُمْ لا دِيَةَ عَلَيْهِمْ، أي: وفيما أصاب الغزاة من قتل صبيان المسلمين، أو بالأسارى لا دية على الغزاة الذين قتلوهم ولا كفارة، وقال الشافعي رحمه الله: فيه الدية والكفارة؛ لأن هذا هو عين صورة قتل الخطإ؛ لأنه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم، وإنا نقول: إذا كان عالمـًا بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأً بل

لا تُقْرَنُ بِالفُرُوضِ، بِخِلَافِ حَالَةِ المَخْمَصَةِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ لِمَا فِيهِ

كان مباحًا مطلقًا، والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية، كذا في «المبسوط».

فإن قيل: ينبغي أن تجب الدية عليهم لقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «ليس في الإسلام دم مفرح» أي: مبطل دمه، قلنا: خُصَّ عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة، فيخص المتنازع فيه لضرورة إعلاء كلمة الله تعالى.

قوله: بِخِلَافِ حَالَةِ المَخْمَصَةِ، أي: يجب الضمان إذا أكل مال الغير حالة المخمصة، وهذه هي التي قاسَ عليها الحسن بن زياد فقال: إطلاق الرمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان، كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة فيجبُ الضمان.

ولكن فرق بينهما في ظاهر الرواية بوجهين:

أحدهما: أن الجهاد فرض، ومن ضرورة إقامة الفرض عليه سقوط الضمان؛ لأن الضمان أثر التعدّي وكونه فرضًا يمنع كون الإقدام على ذلك الفرض تعديًا، بخلاف أكل مال الغير حالة المخمصة فإنه ليس بفرض، بل إذا صبر عنه حتَّى ماتَ جوعًا يؤجر عليه، كما إذا قُتل لصبره عن إجراء كلمة الشوك كان شهيدًا مأجورًا.

والثانِي: أنه إذا وجب الضمان في الجهاد يمتنع عن الجهاد الذي هو فرض لئلا يلزم عليه الغرامة، بخلاف حالة المخمصة فإنه يقدم على التناول عند رفع الخطر، وإن كان فيه ضمانٌ لزيادة محبته البقاء طبعًا، وكان رفع الخطر هناك بمنزله رفع الضمان هاهنا، فلمَّا كان كذلك لم يلزم من وجوب الضمان في حالة المخمصة وجوبُ الضمان فيما نحن فيه، إلى هذا أشار في «الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ لا يُمْتَنَعُ مَخَافَةَ الضَّمَانِ، أي: ضمان المال؛ لأن فيه منفعةٌ عظيمةٌ يتحمل بسببها ضرر الضمان وهو إحياء نفسه، أمَّا الجهاد فإن بناؤه على إتلاف أنفس سواد الكفار، وقد يكون فيها مسلمون بالأسر، فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض وذلك لا يجوز، كما لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الإمام فيما إذا ماتَ الزانِي البكر في الجلد لئلا يمتنع عن تقلد القضاء وهو فرضٌ.

مِنْ إِحْيَاءِ نَفْسِهِ، أَمَّا الجِهَادُ فَمَبْنِيٌّ عَلَى إِتْلَافِ النَّفْسِ فَيُمْتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِإِخْرَاجِ النِّسَاءِ وَالمَصَاحِفِ مَعَ المُسْلِمِينَ إِذَا كَانُوا عَسْكَرًا عَظِيمًا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الغَالِبَ هُوَ السَّلَامَةُ وَالغَالِبُ كَالمُتَحَقِّقِ (وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّةٍ لا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا) لِأَنَّ فِيهِ تَعْرِيضَهُنَّ عَلَى الضَّيَاعِ وَالفَضِيحَةِ وَتَعْرِيضَ المَصَاحِفِ عَلَى الِاسْتِخْفَافِ فَإِنَّهُمْ يَسْتَخِفُّونَ بِهَا مُغَايَظَةً لِلْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ التَّأْوِيلُ الصَّحِيحُ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تُسَافِرُوا بِالقُرْآنِ فِي أَرْضِ العَدُوِّ» وَلَوْ دَخَلَ مُسْلِمٌ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ لا بَأْسَ بِأَنْ يَحْمِلَ مَعَهُ المُصْحَفَ إِذَا كَانُوا قَوْمًا يَفُونَ بِالعَهْدِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّعَرُّضِ، وَالعَجَائِزُ يَخْرُجْنَ فِي العَسْكَرِ العَظِيمِ لِإِقَامَةِ عَمَلٍ يَلِيقُ بِهِنَّ كَالطَّبْخِ وَالسَّقْيِ وَالمُدَاوَاةِ، فَأَمَّا الشَّوَابُّ فَمَقَامُهُنَّ فِي البُيُوتِ أَدْفَعُ لِلْفِتْنَةِ، وَلا يُبَاشِرْنَ القِتَالَ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى ضَعْفِ المُسْلِمِينَ إِلَّا عِنْدَ ضَرُورَةٍ، وَلا يُسْتَحَبُّ إِخْرَاجُهُنَّ لِلْمُبَاضَعَةِ وَالخِدْمَةِ، فَإِنْ كَانُوا لا بُدَّ مُخْرِجِينَ فَبِالإِمَاءِ دُونَ الحَرَائِرِ.

(وَلا تُقَاتِلُ المَرْأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا وَلا العَبْدُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ) وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدِرُوا وَلا يَغُلُّوا وَلا يُمَثِّلُوا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لا تَغُلُّوا وَلا تَغْدِرُوا وَلا تُمَثِّلُوا» وَالغُلُولُ: السَّرِقَةُ مِنَ المَغْنَمِ، وَالغَدْرُ: الخِيَانَةُ وَنَقْضُ العَهْدِ.

قوله: فَيُمْتَنَعُ حِذَارَ الضَّمَانِ، بنصب حِذَارَ على المفعول له، أي: فيمتنع المجاهد عن الجهاد بدلالة **قوله**: أَمَّا الجِهَادُ، احترازًا عن الضمان.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله**: لِتَقَدُّمِ حَقِّ المَوْلَى وَالزَّوْجِ.

وَالمُثْلَةُ المَرْوِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنْسُوخَةٌ بِالنَّهْيِ المُتَأَخِّرِ هُوَ المَنْقُولُ.

(وَلا يَقْتُلُوا امْرَأَةً وَلا صَبِيًّا وَلا شَيْخًا فَانِيًا وَلا مُقْعَدًا وَلا أَعْمَى)؛ لِأَنَّ المُبِيحَ لِلْقَتْلِ عِنْدَنَا هُوَ الحِرَابُ وَلا يَتَحَقَّقُ مِنْهُمْ، وَلِهَذَا لا يُقْتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ وَالمَقْطُوعُ اليُمْنَى وَالمَقْطُوعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلافٍ، وَالشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - عَلَيْهِ يُخَالِفُنَا فِي الشَّيْخِ الفَانِي وَالمُقْعَدِ وَالأَعْمَى لِأَنَّ المُبِيحَ عِنْدَهُ الكُفْرُ وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - نَهَى عَنْ قَتْلِ الصِّبْيَانِ وَالذَّرَارِيِّ» «وَحِينَ

قوله: وَالمُثْلَةُ المَرْوِيَّةُ فِي قِصَّةِ العُرَنِيِّينَ مَنْسُوخَةٌ، وروى عمران ابن الحصين رضي الله عنه أنه قال: «ما قام رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فينا خطيبًا بعدما مثل بالعرنيين إلا كان يحثنا على الصدقة، وينهانا عن المثلة»، فتخصيصه بالذكر في كل خُطبة دليل على تأكيد الحرمة، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا شَيْخًا فَانِيًا، ذكر في «الذخيرة»: هذا الجواب في الشيخ الفانِي الكبير لا يقدر على القتال، ولا على الصياح عند التقاء الصفَّين، ولا يقدر على الإحبال، ولا يكون من أهل الرأي والتدبير، أمَّا إذا كان يقدر على القتال يقتل، وكذلك إذا كان يقدر على الصياح يقتل؛ لأنه بصياحه يحرضهم على القتال، وكذلك إذا كان قادرًا على الإحبال؛ لأنه يجيء منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين.

قوله: لِأَنَّ المُبِيحَ لِلْقَتْلِ عِنْدَنَا هُوَ الحِرَابُ، خلافـًا للشافعي على ما ذكرنا.

قوله: وَلِهَذَا لا يُقْتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ، أي: المفلوج، يراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته، لا أنه ميت حقيقة، كذا في «المغرب».

قوله: وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا بَيَّنَّا، وهي ما ذكر **بقوله**: وَلِهَذَا لا يُقْتَلُ يَابِسُ الشِّقِّ.

قوله: وَالذَّرَارِيِّ، أي: النساء هاهُنا، هكذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

رَأَى رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - امْرَأَةً مَقْتُولَةً قَالَ: هَاهْ، مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ فَلِمَ قُتِلَتْ؟».

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الحَرْبِ أَوْ تَكُونَ المَرْأَةُ مَلِكَةً) لِتَعَدِّي ضَرَرِهَا إِلَى العِبَادِ، وَكَذَا يُقْتَلُ مَنْ قَاتَلَ مِنْ هؤُلَاءِ دَفْعًا لِشَرِّهِ، وَلِأَنَّ القِتَالَ مُبِيحٌ حَقِيقَةً (وَلا يَقْتُلُوا مَجْنُونًا) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخَاطَبٍ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلَ فَيُقْتَلَ دَفْعًا لِشَرِّهِ، غَيْرَ أَنَّ الصَّبِيَّ وَالمَجْنُونَ يُقْتَلَانِ مَا دَامَا يُقَاتِلَانِ، وَغَيْرُهُمَا لا بَأْسَ بِقَتْلِهِ بَعْدَ الأَسْرِ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ العُقُوبَةِ لِتَوَجُّهِ الخِطَابِ نَحْوَهُ، وَإِنْ كَانَ يُجَنُّ وَيُفِيقُ فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ.

(وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْتَدِئَ الرَّجُلُ أَبَاهُ مِنَ المُشْرِكِينَ فَيَقْتُلَهُ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ إِحْيَاؤُهُ بِالإِنْفَاقِ فَيُنَاقِضُهُ الإِطْلَاقُ فِي إِفْنَائِهِ (فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بِغَيْرِهِ

وقوله: قَالَ: هَاهْ، جاز أن تكون هَاهْ، كلمة تنبيه.

قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هؤُلَاءِ مِمَّنْ لَهُ رَأْيٌ فِي الحَرْبِ، وقد صحَّ أنَّ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم قتل دريد بن الصمة، وكان ابن مائة وعشرين سنةً، وفي رواية ابن مائة وستين سنة؛ لأنه كان صاحب رأي، كذا في «الذخيرة».

قوله: فَهُوَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ كَالصَّحِيحِ، يعني: المجنون الذي يجنُّ ويفيق يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل، كالصحيح فإنه يقتل وإن لم يقاتل، لكنه إنما يقتل في حال إفاقته؛ لأنه ممن يقاتل ويخاطب.

قوله: فَإِنْ أَدْرَكَهُ امْتَنَعَ عَلَيْهِ، يعني: (دار دار كند)، وذكر في «الذخيرة»: وإذا ظفر الابن

مِنْ غَيْرِ اقْتِحَامِهِ الْمَأْثَمَ، وَإِنْ قَصَدَ الأَبُ قَتْلَهُ بِحَيْثُ لا يُمْكِنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ لا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ شَهَرَ الأَبُ الْمُسْلِمُ سَيْفَهُ عَلَى ابْنِهِ وَلا يُمْكِنُهُ دَفْعُهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ يَقْتُلُهُ لِمَا بَيَّنَّا فَهَذَا أَوْلَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

بأبيه في الصفِّ لا ينبغي أن يقصده بالقتل، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربًا على المسلمين، ولكنه يلجئه إلى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله.

قوله: لا بَأْسَ بِهِ، أي: بقتله؛ لأن مقصوده الدفع لا القتل، فإن الابن في هذه الحالة يؤثر حياة نفسه على حياة أبيه وله ذلك، ألا ترى أن الرجل إذا كان مع أبيه في سفر فأصابَهما عطش ومع الابن ماءٌ يكفي لأحدهما، كان للابن أن يشربه وإن كان الأب يموت عطشًا، كذا هاهنا، كذا في «الذخيرة».

قوله: يَقْتُلُهُ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الدَّفْعُ.

قوله: فَهَذَا أَوْلَى؛ لأنه كافر، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(بَابُ المُوَادَعَةِ وَمَنْ يَجُوزُ أَمَانَهُ)

(وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ أَنْ يُصَالِحَ أَهْلَ الحَرْبِ أَوْ فَرِيقًا مِنْهُمْ وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللهِ﴾ [الأنفال: ٦١] «وَوَادَعَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَهْلَ مَكَّةَ عَامَ الحُدَيْبِيَةِ عَلَى أَنْ يَضَعَ الحَرْبَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ عَشْرَ سِنِينَ»، وَلِأَنَّ المُوَادَعَةَ جِهَادٌ مَعْنَى

بـابُ الموادعة

لمَّا ذكر باب القتال ذكر في هذا الباب ترك القتال؛ لأن ترك الشيء يتعقب وجود ذلك الشيء.

المراد من الموادعة المصالحة، وسُمِّيت المصالحة بالموادعة؛ لأنَّها مشاركة، وهي من الودع وهو الترك.

قوله: وَكَانَ ذَلِكَ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ فَلَا بَأْسَ بِهِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾، فإن قلتَ: كيف يثبت هذا التخصيص والآية التي ذكرها عامَّة، فكيف تثبت المطابقة بين الدعوى والدليل؟

قلتُ: هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾ [محمد: ٣٥]، وبدليل الآيات الموجبة للقتال وإلا يلزم التناقض؛ لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف لموجب الأمر بالمصالحة، فلا بدَّ من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب.

إِذَا كَانَ خَيْرًا لِلْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ المَقْصُودَ وَهُوَ دَفْعُ الشَّرِّ حَاصِلٌ بِهِ، وَلا يُقْتَصَرُ الحُكْمُ عَلَى المُدَّةِ المَرْوِيَّةِ لِتَعَدِّي المَعْنَى إِلَى مَا زَادَ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنًى.

(وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةً ثُمَّ رَأَى نَقْضَ الصُّلْحِ أَنْفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ وَقَاتَلَهُمْ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَبَذَ المُوَادَعَةَ الَّتِي كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ مَكَّةَ»، وَلِأَنَّ المَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ كَانَ النَّبْذُ جِهَادًا وَإِيفَاءُ العَهْدِ تَرْكُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنًى، وَلا بُدَّ مِنَ النَّبْذِ

قوله: وَلا يُقْتَصَرُ الحُكْمُ عَلَى المُدَّةِ المَرْوِيَّةِ، وهي عشر سنين، فكانت هذه المدة المرويَّة من المقدَّرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان؛ لأن مدَّة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص.

قوله: لِتَعَدِّي المَعْنَى، وهو دفع الشر؛ لما أنه يحتمل أن تكون مصلحة للمسلمين فيما زاد على عشر سنين.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خَيْرًا، حيث لا يجوز للإمام أن يوادعهم لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ﴾ [محمد: ٣٥]؛ ولأن قتال المشركين فرض، وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز.

قوله: لِأَنَّهُ تَرَكَ الجِهَادَ صُورَةً وَمَعْنًى، أمَّا صورةً فظاهرٌ حيث تركوا القتال، وأمَّا معنى فإنه لمَّا لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنًى أيضًا.

نَبَذَ الشيءُ من يده: طرحه ورمى به نبذًا، ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك؛ لأنه طرحٌ له، كذا في «المغرب».

والمراد هنا **بقوله**: وَلا بُدَّ مِنَ النَّبْذِ، إعلام نقض العهد.

تَحَرُّزًا عَنِ الغَدْرِ، وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - «فِي العُهُودِ وَفَاءٌ لا غَدْرٌ» وَلا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ يَبْلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبْذِ إِلَى جَمِيعِهِمْ، وَيَكْتَفِي فِي ذَلِكَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَمَكَّنُ مَلِكُهُمْ بَعْدَ عِلْمِهِ بِالنَّبْذِ مِنْ إِنْفَاذِ الخَبَرِ إِلَى أَطْرَافِ مَمْلَكَتِهِ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ يَنْتَفِي الغَدْرُ.

قَالَ: (وَإِنْ بَدَءُوا بِخِيَانَةٍ قَاتَلَهُمْ وَلَمْ يُنْبِذْ إِلَيْهِمْ إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِاتِّفَاقِهِمْ) لِأَنَّهُمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَقْضِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ فَقَطَعُوا الطَّرِيقَ وَلا مَنَعَةَ لَهُمْ حَيْثُ لا يَكُونُ هَذَا نَقْضًا لِلْعَهْدِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُمْ مَنَعَةٌ وَقَاتَلُوا المُسْلِمِينَ عَلَانِيَةً يَكُونُ نَقْضًا لِلْعَهْدِ فِي حَقِّهِمْ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّهُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَلِكِهِمْ فَفِعْلُهُمْ لا يُلْزِمُ غَيْرَهُمْ حَتَّى لَوْ كَانَ بِإِذْنِ مَلِكِهِمْ صَارُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ؛ لِأَنَّهُ بِاتِّفَاقِهِمْ مَعْنًى. (وَإِذَا رَأَى الإِمَامُ مُوَادَعَةَ أَهْلِ الحَرْبِ وَأَنْ يَأْخُذَ عَلَى ذَلِكَ مَالًا فَلَا بَأْسَ بِهِ) لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَتِ المُوَادَعَةُ بِغَيْرِ المَالِ فَكَذَا بِالمَالِ، لَكِنْ هَذَا إِذَا كَانَ بِالمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ، أَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ لا يَجُوزُ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالمَأْخُوذُ مِنَ المَالِ يُصْرَفُ مَصَارِفَ الجِزْيَةِ،

قوله: وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «فِي العُهُودِ وَفَاءٌ»، أي: هي وفاء.

قوله: وَلا بُدَّ مِنِ اعْتِبَارِ مُدَّةٍ يَبْلُغُ فِيهَا خَبَرُ النَّبْذِ إِلَى جَمِيعِهِمْ، قال الله تعالى: ﴿وَإِمَّا تَخَافَنَّ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨]، أي: على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك، فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ، وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن، وكان ذلك للتحرز عن العذر، كذا في «المبسوط».

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، إشارة إلى **قوله**: لِأَنَّهُ تَرْكُ الجِهَادِ صُورَةً وَمَعْنًى.

هَذَا إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ بَلْ أَرْسَلُوا رَسُولًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الجِزْيَةِ، أَمَّا إِذَا أَحَاطَ الجَيْشُ بِهِمْ ثُمَّ أَخَذُوا المَالَ فَهُوَ غَنِيمَةٌ يُخَمِّسُهَا وَيُقَسِّمُ البَاقِيَ بَيْنَهُمْ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِالقَهْرِ مَعْنًى. (وَأَمَّا المُرْتَدُّونَ فَيُوَادِعُهُمُ الإِمَامُ حَتَّى يَنْظُرَ فِي أَمْرِهِمْ)؛ لِأَنَّ الإِسْلَامَ مَرْجُوٌّ مِنْهُمْ فَجَازَ تَأْخِيرُ قِتَالِهِمْ طَمَعًا فِي إِسْلَامِهِمْ (وَلَا يَأْخُذُ عَلَيْهِ مَالًا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ الجِزْيَةِ مِنْهُمْ لِمَا نُبَيِّنُ (وَلَوْ أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ) لِأَنَّهُ مَالٌ غَيْرُ مَعْصُومٍ، وَلَوْ حَاصَرَ العَدُوُّ المُسْلِمِينَ وَطَلَبُوا المُوَادَعَةَ عَلَى مَالٍ يَدْفَعُهُ المُسْلِمُونَ إِلَيْهِمْ لَا يَفْعَلُهُ الإِمَامُ لِمَا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدَّنِيَّةِ وَإِلْحَاقِ المَذَلَّةِ بِأَهْلِ الإِسْلَامِ إِلَّا إِذَا خَافَ الهَلَاكَ؛

قوله: إِذَا لَمْ يَنْزِلُوا بِسَاحَتِهِمْ، أي: إذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب.

قوله: لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِالقَهْرِ مَعْنًى، فكان كالمأخوذ بالقهر صورة ومعنى، وهو المأخوذ بعد الفتح بالقتال.

قوله: لِمَا فِيهِ مِنْ إِعْطَاءِ الدَّنِيَّةِ - وهي النقيصة - وَإِلْحَاقِ المَذَلَّةِ بِأَهْلِ الإِسْلَامِ، وفي الحديث: «ليس للمؤمن أن يذلَّ نفسه».

قوله: إِلَّا إِذَا خَافَ الهَلَاكَ، أي: إلا إذا خاف الإمامُ الهلاكَ على نفسه وأنفس سائر المسلمين حينئذٍ لا بأس بأن يفعله؛ لما رُوي: «أن المشركين لمَّا أحاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى: ﴿هُنَالِكَ ٱبْتُلِيَ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُواْ زِلْزَالًا شَدِيدًا ١١﴾ [الأحزاب: ١١]، بعثَ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم إلى عتيبة بن حصين وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة، فأبى إلا النصف، فلمَّا حضر رُسُله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم قام سيِّدا الأنصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا: يا رسول الله! إن كان هذا عن وحي فامض بما أمرتَ به، وإن كان رأيًا رأيْتَه فقد كنَّا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين، فكانوا لا يطمعون في

لِأَنَّ دَفْعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ.

(وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُبَاعَ السِّلَاحُ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَلَا يُجَهَّزُ إِلَيْهِمْ) لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّلَاحِ مِنْ أَهْلِ الحَرْبِ وَحَمْلِهِ إِلَيْهِمْ، وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى قِتَالِ المُسْلِمِينَ فَيُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ،

ثمار المدينة إلا بشرًى أو قرًى، فإذا عزَّنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدينة؟ لا نعطيهم إلا السيف، فقال صلَّى الله عليه وسلَّم: إنِّي رأيتُ العربَ رمتكم عن قوس واحدة، فأحببتُ أن أصرفهم عنكم، فإن أبَيْتم ذلك فأنتم وذاك، اذهبوا فلا نعطيكم إلا السيف»، هذه عبارة عن شدة الاجتماع على المُعَاداة[1]، فقد مال رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم إلى الصلح في الابتداء لمَّا أحسَّ الضعف بالمسلمين، فحين رأى القوة فيهم بما قال له السعدان امتنع من ذلك، وقد كان رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم يعطي المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين، فدلَّ أنه لا بأس بذلك عند خوف الضرر، كذا في «المبسوط».

قوله: لِأَنَّ دَفْعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ، وفي هذا التعميم شبهة وهي: أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الشرك فلا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بإجراء كلمة الشرك، بل هو مرخَّص فيه حتى لو قتل فيه لصبره عن إجراء كلمة الشرك كان هو أوْلَى وأفْضَل وكان هو شهيدًا، وكذلك لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بقتل غيره لا يجبُ عليه دفع الهلاك عن نفسه بالقتل، بل الصبر عن قتل الغير هو الواجب، وكذلك لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بالزنا فكان معنى المذكور في الكتاب؛ لِأَنَّ دَفْعَ الهَلَاكِ وَاجِبٌ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُمْكِنُ، سوى المستثنيات التي لا إباحة في مباشرتها، أو رخص فيها ولم يجب الإقدام عليها.

قوله: وَلَا يُجَهَّزُ إِلَيْهِمْ، أي: ولا يبعث التُّجار إليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع، والمراد به هاهُنا السلاح والكراع والحديد.

(١) قوله: هذه عبارة عن شدة الاجتماع ...، سقط هذه الفقرة من أكثر النُسخ، وأثبتناه من (ع١) و(س).

وَكَذَا الكُرَاعُ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَلِكَ الحَدِيدُ لِأَنَّهُ أَصْلُ السِّلَاحِ، وَكَذَا بَعْدَ المُوَادَعَةِ؛ لِأَنَّهَا عَلَى شَرَفِ النَّقْضِ أَوِ الِانْقِضَاءِ فَكَانُوا حَرْبًا عَلَيْنَا، وَهَذَا هُوَ القِيَاسُ فِي الطَّعَامِ وَالثَّوْبِ، إِلَّا أَنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ «فَإِنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَمَرَ ثُمَامَةَ أَنْ يَمِيرَ أَهْلَ مَكَّةَ وَهُمْ حَرْبٌ عَلَيْهِ».

قوله: وَكَذَا الكُرَاعُ لِمَا بَيَّنَّا، وهو **قوله:** وَلِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ.

يُقال: مَارَ أهله، أي: أتاهم بالطعام، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ)

(إِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أَوِ امْرَأَةٌ حُرَّةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ حِصْنٍ أَوْ مَدِينَةٍ صَحَّ أَمَانُهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» أَيْ أَقَلُّهُمْ وَهُوَ الوَاحِدُ؛

فصل في الأمـان

ألحق فصل الأمان بالموادعة؛ لأن كلًّا منهما سبب لترك القتل، إلا أن الموادعة لا تكون إلا من الإمام فقدمت هي لتقدم فاعلها على غيره.

قوله: صَحَّ أَمَانُهُمْ، هذا من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول، وهو جماعة الكفار أو أهل الحصن منهم؛ لما أن الذي أمن من المسلمين ذكره بلفظ الفرد فلا يصح صرف الغير إليه؛ ولأنه ذكر بعده: وَلَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ قِتَالُهُمْ، والضمير في **قوله:** قِتَالُهُمْ، راجعٌ إلى جماعة الكفار فكذا الأول؛ لأن الأصل اتحاد الضمائر، وفي قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «الْمُسْلِمُونَ ...» إشارة إلى أن أمان الذمي لا يصح.

قوله: وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ - أي: بعهدهم وأمانهم - أَدْنَاهُمْ، أي: أقلهم؛ لأنه يذكر الأدنى ويراد به الأقل، قال الله تعالى: ﴿وَلَآ أَدْنَىٰ مِن ذَٰلِكَ وَلَآ أَكْثَرَ﴾ [المجادلة: ٧]، ويقال: أدنى الجمع ثلاثة فكذلك يذكر الأقل ويراد به الأدنى.

ثمَّ المراد من الأقل هاهنا الواحد؛ لأنه لا أقل منه، ثم إنَّما فسَّر الأدنى بالأقل هاهنا احترازًا عن تفسير محمد رحمه الله حيث فسَّره بالعبد؛ لأنه أدنى المسلمين فجعل الأدنى هاهنا من الدناءة، وجعل غيره من الدنو.

وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ القِتَالِ فَيَخَافُونَهُ إِذْ هُوَ مِنْ أَهْلِ المَنَعَةِ فَيَتَحَقَّقُ الأَمَانُ مِنْهُ لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ ثُمَّ يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإِيمَانُ، وَكَذَا الأَمَانُ لا يَتَجَزَّأُ فَيَتَكَامَلُ كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ.

قوله: وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ القِتَالِ، أي: ولأن كل واحدٍ من الرجل والمرأة، أمَّا الرجل فظاهر، وأمَّا المرأة فإنَّها أيضًا من أهل القتال بالتسبيب وهو إمَّا بالمال أو بعبدها، وأمَّا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «هَاهْ، مَا كَانَتْ هَذِهِ تُقَاتِلُ» أي: بنفسها.

وفي «المبسوط»: رُوي «أن زينب بنت رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع فأجاز رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم أمانَها»، وعن أُمِّ هانئ رضي الله عنها قالت: «أجزتُ حموين لي يوم فتح مكة، فدخل عليٌّ رضي الله عنه يريد قتلهما وقال: أَتُجِيرِينَ المشركين؟ فقلتُ: لا إلا أن تبدأ بي قبلهما وأخرجته من البيت وأغلقتُ البابَ عليهما، ثم أتيتُ رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فلمَّا رآني قال: مرحبًا بأمِّ هانئٍ فاختةَ - كان اسمها فاختةَ - قلتُ: ماذا لقيتُ من ابن أمِّي عليٍّ أجرتُ حموين لي وأراد قتلهما، وقال صلَّى الله عليه وسلَّم: ليس له ذلك قد أَجَرْنا من أَجَرْتَ وأَمَّنَّا من أَمَّنْتَ»؛ ولأنها من أهل الجهاد فإنَّها تجاهد بمالها وكذلك بنفسها، فإنَّها تخرج لمداواة المرضى والجرحى والخبز وذلك جهاد منها.

قوله: لِمُلَاقَاتِهِ مَحَلَّهُ، أي: لملاقاة الأمان محله؛ لأن محل الأمان هو محل الخوف وهو موجود فيها على ما ذكرنا.

قوله: ثُمَّ يَتَعَدَّى - أي: الأمان - إِلَى غَيْرِهِ، أي: إلى غير الذي آمن من أهل الإسلام، كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم أولًا ثم يتعدى منه إلى غيره، فلذلك تقبل شهادة الفرد فيه؛ لأنه غير متهم بهذا الطريق.

قوله: وَلِأَنَّ سَبَبَهُ لا يَتَجَزَّأُ وَهُوَ الإِيمَانُ، - أي: التصديق بالقلب - وَكَذَا الأَمَانُ لا يَتَجَزَّأُ ... كَوِلَايَةِ الإِنْكَاحِ، فإنه إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المتساويين في الدرجة يلزم

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ مَفْسَدَةٌ، فَيَنْبِذُ إِلَيْهِمْ) كَمَا إِذَا أَمَّنَ الإِمَامُ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَأَى المَصْلَحَةَ فِي النَّبْذِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، وَلَوْ حَاصَرَ الإِمَامُ حِصْنًا وَأَمِنَ وَاحِدٌ مِنَ الجَيْشِ وَفِيهِ مَفْسَدَةٌ يَنْبِذُ الإِمَامُ لِمَا بَيَّنَّا، وَيُؤَدِّبُهُ الإِمَامُ لِافْتِيَاتِهِ عَلَى رَأْيِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَفُوتُ المَصْلَحَةُ بِالتَّأْخِيرِ فَكَانَ مَعْذُورًا (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ ذِمِّيٍّ) لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِهِمْ، وَكَذَا لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى المُسْلِمِينَ.

قَالَ: (وَلَا أَسِيرٍ وَلَا تَاجِرٍ يَدْخُلُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمَا مَقْهُورَانِ تَحْتَ أَيْدِيهِمْ فَلَا يَخَافُونَهُمَا وَالأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الخَوْفِ وَلِأَنَّهُمَا يُجْبَرَانِ عَلَيْهِ فِيهِ فَيَعْرَى الأَمَانُ عَنِ المَصْلَحَةِ، وَلِأَنَّهُمْ كُلَّمَا اشْتَدَّ الأَمْرُ عَلَيْهِمْ يَجِدُونَ أَسِيرًا أَوْ تَاجِرًا فَيَتَخَلَّصُونَ بِأَمَانِهِ فَلَا يَنْفَتِحُ لَنَا بَابُ الفَتْحِ، وَمَنْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الحَرْبِ وَلَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِمَا بَيَّنَّا. (وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ العَبْدِ المَحْجُورِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي القِتَالِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَصِحُّ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ

صحة النكاح في حق كل الأولياء؛ لأن سبب الولاية وهو القرابة غير متجزٍ فلا يتجزأ الولاية، فكذلك هاهنا.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، أي: في فصل الموادعة بقوله: وَإِنْ صَالَحَهُمْ مُدَّةً ثُمَّ رَأَى نَقْضَ الصُّلْحِ أَنفَعَ نَبَذَ إِلَيْهِمْ، إلى قوله: وَلِأَنَّ المَصْلَحَةَ لَمَّا تَبَدَّلَتْ، إلى آخره.

قوله: لِافْتِيَاتِهِ، أي: لسبقه على رأي الإمام، وحقيقة الإفتيات الاستبداد بالرأي، وأصله: الإفتوات، فانقلبت الواو ياء لكسرة ما قبله وهو افتعال من الفوت وهو السبق.

قوله: لا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: وَالأَمَانُ يَخْتَصُّ بِمَحَلِّ الخَوْفِ.

قوله: وَلَا يَجُوزُ أَمَانُ العَبْدِ المَحْجُورِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ

اللهُ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ مَعَهُ فِي رِوَايَةٍ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي رِوَايَةٍ، لِمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَمَانُ العَبْدِ أَمَانٌ» رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الأَشْعَرِيُّ، وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ اعْتِبَارًا بِالمَأْذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ وَبِالمُؤَيَّدِ مِنَ الأَمَانِ، فَالإِيمَانُ لِكَوْنِهِ شَرْطًا لِلْعِبَادَةِ، وَالجِهَادُ عِبَادَةٌ، وَالِامْتِنَاعُ لِتَحَقُّقِ إِزَالَةِ الخَوْفِ بِهِ، وَالتَّأْثِيرُ إِعْزَازُ الدِّينِ وَإِقَامَةُ المَصْلَحَةِ فِي حَقِّ جَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ؛ إِذِ

مَوْلَاهُ فِي القِتَالِ، وحاصله أن أمان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق؛ لما رُوي أنَّ عبدًا كتب على سهمه بالفارسية: (مترسيد)، ورمى به إلى قوم محصورين، فرفع ذلك إلى عُمر رضي الله عنه فأجاز أمانه وقال: إنه رجل من المسلمين، وهذا العبد كان مقاتلًا؛ لأن الرمي فعل المقاتل.

فأمَّا أمان العبد المحجور عليه عن القتال باطلٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله، صحيح في قول محمد والشافعي رحمهما الله، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهم الله، وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع محمد، فحجة محمد في ذلك قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» وأدنى المسلمين العبد، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ - أي: مسلم مصدق - مُمْتَنِعٌ، أي: ذو قوة وامتناع فيصح أمانه.

قوله: وَبِالمُؤَيَّدِ مِنَ الأَمَانِ، وهو عقد الذمة، يعني: إذا عقد حربيٌّ عقدَ الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبدَ منه هذا العقد يصح هذا العبد والقبول من العبد، ويصير ذميًّا بالاتفاق حتى يجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج إلى دار الحرب، وقصاص قاتله، واعتبار وقت الذمة في أخذ الجزية من وقت العقد مع العبد المحجور.

قوله: فَالإِيمَانُ، أي: شرطنا الإيمان في قولنا: وَلِأَنَّهُ مُؤْمِنٌ مُمْتَنِعٌ فَيَصِحُّ أَمَانُهُ؛ لأن الأمان إنما يصح من المسلم دون الذمي.

قوله: وَالِامْتِنَاعُ، أي: شرطنا كونه ذا امتناع وقوة ليكون الأمان من محله وهو الذي

الكَلَامُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الحَالَةِ، وَإِنَّمَا لا يَمْلِكُ المُسَايَفَةَ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْطِيلِ مَنَافِعِ المُوَلَّى وَلَا تَعْطِيلَ فِي مُجَرَّدِ القَوْلِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ القِتَالِ فَلَا يَصِحُّ أَمَانُهُ لِأَنَّهُمْ لا يَخَافُونَهُ فَلَمْ يُلَاقِ الأَمَانُ مَحَلَّهُ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ لِأَنَّ الخَوْفَ مِنْهُ مُتَحَقِّقٌ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَمْلِكُ المُسَايَفَةَ لِمَا أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ المُوَلَّى عَلَى وَجْهٍ لا يُعْرِي عَنِ احْتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ، وَالأَمَانُ نَوْعُ قِتَالٍ وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُخْطِئُ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِيهِ سَدُّ بَابِ الِاسْتِغْنَامِ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ وَالخَطَأُ نَادِرٌ لِمُبَاشَرَتِهِ القِتَالَ، وَبِخِلَافِ المُؤَبَّدِ لِأَنَّهُ خَلَفٌ عَنِ الإِسْلَامِ

يخاف منه، بخلاف أمان الأسير أو التاجر الذي في أيديهم لا يصح؛ لأنَّهم لا يخافون منه.

قوله: وَفِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وهو **قوله:** تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ المُوَلَّى عَلَى وَجْهٍ لا يُعْرِي عَنِ احْتِمَالِ الضَّرَرِ فِي حَقِّهِ.

قوله: وَبِخِلَافِ المُؤَبَّدِ، هذا جوابٌ عن **قوله:** وَبِالمُؤَيَّدِ مِنَ الأَمَانِ.

قوله: لِأَنَّهُ خَلَفَ عَنِ الإِسْلَامِ، أي: لأن عقد الذمة خلف عن الإسلام.

وذكر في «المبسوط»: فأمَّا عقد الذمة فنقول: إنه يتمحض منفعة للمسلمين؛ لأن الكفار إذا طلبوا ذلك افترض على الإمام إجابتهم إليه، ولو اعتبر ما سبق من العقد احتسب عليهم بتلك المدة لأخذ الجزية، ولو لم يعتبر كان ابتداءُ المدة من الحال، فلكونه محض منفعة حكمنا بصحته من العبد كقبول الهبة والصدقة، فأمَّا الأمان فيتردد بين المنفعة والمضرَّة، ولهذا لا يفترض إجابة الكفار إليه وفيه إبطال حق المسلمين في الاستغنام والاسترقاق، فالتصرف الذي يوهم الضرر في حق المولى خاصة كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه، فما فيه إلحاق الضرر بالمسلمين أَوْلَى.

وأمَّا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ» أي: أقلهم، هو من الدنو، لا من الدناءة.

فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الدَّعْوَةِ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ مُقَابَلٌ بِالجِزْيَةِ وَلِأَنَّهُ مَفْرُوضٌ عِنْدَ مَسْأَلَتِهِمْ ذَلِكَ، وَإِسْقَاطُ الفَرْضِ نَفْعٌ فَافْتَرَقَا.

وَلَوْ أَمِنَ الصَّبِيُّ وَهُوَ لا يَعْقِلُ لا يَصِحُّ كَالمَجْنُونِ وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ القِتَالِ فَعَلَى الخِلَافِ، وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي القِتَالِ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بِالِاتِّفَاقِ.

قوله: بِخِلَافِ المَأْذُونِ لَهُ فِي القِتَالِ، فإنه لمَّا تمكن من مباشرة القتال عرف الجزية في الأمان فحكمنا بصحة أمانه.

قوله: وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ وَهُوَ مَحْجُورٌ عَنِ القِتَالِ فَعَلَى الخِلَافِ، أي: على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه، وعند محمد رحمه الله يصح، والله تعالى أعلم.

* * *

(بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِهَا)

(وَإِذَا فَتَحَ الإِمَامُ بَلْدَةً عَنْوَةً) أَيْ قَهْرًا (فَهُوَ بِالخِيَارِ

باب الغنائم وقسمتها

ذكر باب الغنائم بعد فصل الأمان؛ لأن الإمام بعد المحاصرة إما أن يؤمنهم، أو يقتلهم ويستغنم أموالهم، فلمَّا ذكر الأمان بدأ بذكر الغنائم وقسمتها؛ لأنه أحد وجهي الاختيار.

والغنيمة: عن أبي عُبيد: ما نيل من أهل الشرك عنوةً والحرب قائمة، وحكمها أن تُخمس، وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصَّة.

والفيءُ: ما نيل منهما بعد ما تضع الحربُ أوزارَها، وتصير الدار دار الإسلام، وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمس، وذلك كالخراج والجزية.

والنفل: ما ينفله الغازي، أي: يُعطاه زائدًا على سهمه، وهو أن يقول الإمام: من قتل قتيلًا فله سلبه، كذا في «المغرب».

وذكر في «الذخيرة»: يجب أن يعلم بأن الأنفال الغنائم، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ﴾ [الأنفال: ١]، أي: الغنائم، وأصله في اللغة الزيادة، ثم سُمِّيت الغنيمة نفلًا؛ لأنها زيادةٌ على محللات هذه الأمة؛ لأن الغنائم لم تكن حلالًا للأمم الماضية، وأحلت لهذه الأمة؛ أو لأنها زيادةٌ على ما يحصل للغازي من المقصود الأصلي، وهو الثواب الباقي، إلا أن المراد من استعمال لفظة الأنفال في عرف لسان الفقهاء: ما يحرض الإمام بعض الغانمين بذلك.

قوله: عَنْوَةً، أي: قهرًا، وقوله: أَيْ قَهْرًا، ليس بتفسير له لغةً؛ لأن عَنَا عُنُوًّا بمعنى ذلَّ

إِنْ شَاءَ قَسَّمَهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ) كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِخَيْبَرَ (وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمُ الخَرَاجَ) كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِسَوَادِ العِرَاقِ بِمُوَافَقَةِ مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُحْمَدْ

وخضعَ، وهو لازم، وقهرَ متعدٍ، بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن؛ لأن من الذلة يلزم القهر، أو أن الفتح بالذلة مستلزم للقهر، كذا وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله.

قوله: إِنْ شَاءَ قَسَّمَهُ، أي: قسم البلدة على تأويل البلد.

وهذا الحكم في أراضيهم، وأمَّا الحكم في رقابهم فهو ما يجيء بعد هذا **بقوله:** وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ.

قوله: وَإِنْ شَاءَ أَقَرَّ أَهْلَهُ عَلَيْهِ وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الجِزْيَةَ وَعَلَى أَرَاضِيهِمُ الخَرَاجَ، وهذا عندنا، وأمَّا عند الشافعي فلا يقر أهله عليه، ولا يضع على أراضيهم الخراج، بل يقسم أراضيهم بين الغانمين، ولا يتركها في أيديهم بالخراج على ما يجيء بعد هذا.

قوله: كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بِسَوَادِ العِرَاقِ، وبعض أصحاب الشافعي ينكر فتح السواد عنوة.

قلنا: افتتح عمر السواد عنوةً وقهرًا، وذلك مشهور في كتب المغازي، ثم منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وجعل عليهم الجزيةَ في رؤوسهم، والخراج في أراضيهم، وإنما فعل ذلك بعد ما شاور الصحابة رضي الله عنهم، على ما رُوي أنه استشارهم مرارًا، ثم جمعهم فقال: أما إنِّي تلوتُ آيةً من كتاب الله تعالى استغنيتُ بها عنكم؛ ثم تلا قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧] إلى قوله تعالى: ﴿لِلۡفُقَرَآءِ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ﴾ [الحشر: ٨] إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلۡإِيمَٰنَ﴾ [الحشر: ٩]، هكذا في قراءة عمر رضي الله عنه، إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ١٠]، ثمَّ قال: أرى لمن بعدكم في هذا الفيء نصيباً، ولو قسمتُها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيبٌ؛ فمنَّ بها عليهم وجعل الجزيةَ على رؤوسهم، والخراجَ على أراضيهم ليكون ذلك لهم ولمن يأتِي بعدهم

مَنْ خَالَفَهُ، وَفِي كُلٍّ مِنْ ذَلِكَ قُدْوَةٌ فَيَتَخَيَّرُ، وَقِيلَ: الأَوْلَى هُوَ الأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ، وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الحَاجَةِ لِيَكُونَ عِدَّةً فِي الزَّمَانِ الثَّانِي، وَهَذَا فِي العَقَارِ، أَمَّا فِي المَنْقُولِ المُجَرَّدِ لا يَجُوزُ المَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ الشَّرْعُ فِيهِ، وَفِي العَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ فِي المَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الغَانِمِينَ أَوْ مِلْكِهِمْ فَلا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ

من المسلمين، ولم يخالفه على ذلك إلا نفرٌ يسيرٌ، منهم بلال، ولم يحمدوا على خلافه حتى دعا عليهم على المنبر فقال: اللّهم أكفني بلالًا وأصحابه، فما حال الحول وفيهم عين تطرف، أي: ماتوا جميعًا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَقِيلَ: الأَوْلَى هُوَ الأَوَّلُ عِنْدَ حَاجَةِ الغَانِمِينَ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بخيبر، فإنه كان عند حاجة المسلمين.

قوله: وَالثَّانِي عِنْدَ عَدَمِ الحَاجَةِ، كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق.

قوله: وَهَذَا فِي العَقَارِ، أي: إقرار أهل بلد على بلدهم بالمنِّ عليهم.

قوله: أَمَّا فِي المَنْقُولِ المُجَرَّدِ لا يَجُوزُ المَنُّ بِالرَّدِّ عَلَيْهِمْ، يقال: منَّ عليه منًّا، أي: أنعم.

وذكر في «التيسير» في قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤]، أي: فإما أن تمنوا بعد ذلك بالإطلاق مجانًا.

ثم هاهنا معنى المنّ في المنقول هو أن يدفع إليهم مجانًا، وينعم به عليهم.

وإنَّما قيَّد **بقوله:** المُجَرَّدِ؛ لأنه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية بالعقار، وذلك في قوله بعد هذا: وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمْ بِالرِّقَابِ وَالأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ المَنْقُولاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُمُ العَمَلُ.

قوله: وَفِي العَقَارِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ؛ لِأَنَّ فِي المَنِّ، إلى أن قال: وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ، من تعليل الشافعي.

والدليل على هذا ما ذكره في «المبسوط»، و«الإيضاح» بمثل هذا التعليل في طرف

....

الشافعي، فذكر في «المبسوط»: فالشافعي يقول: قد تأكَّد حق الغانمين في الأراضي، أما عندي فقد ثبت الملك لهم بنفس الإصابة، وعندكم تأكد الحق بالإحراز، فقد صارت محرزةً بفتح البلدة وإجراء أحكام الإسلام فيها، وفي المن إبطال حق الغانمين عما تأكد حقهم فيه، والإمام لا يملك ذلك، كما لو استولى على الأموال بدون الأراضي لم يكن له أن يبطل حق الغانمين عنها بالرد عليهم، بخلاف الرقاب، فالحق في رقابهم لم يتأكد بدليل أن له أن يقتلهم، فكذلك يكون له أن يمنَّ على رقابهم بجزية يأخذها، ثم حق مصارف الخمس ثابت بالنص، وفي المنِّ إبطال ذلك ولهذا قلتُ أنا: تُخمس الجزية؛ لأن الخمس في الرقاب كان حقًا لأرباب الخمس، فيثبت في بدل ذلك وهو الجزية.

وعلماؤنا يقولون: تصرف الإمام وقع على وجه النظر، وبيانه: أنه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد، يكرّ عليهم العدوّ، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضًا، فإذا تركها في أيديهم وهم أعرف بذلك العمل اشتغلوا بالزراعة، وأدوا الخراج والجزية، ويصرف ذلك إلى المقاتلة ويكونون مشغولين بالجهاد، وبهذا يتبيَن أن فيه توفير المنفعة؛ لأن منفعة القسمة وإن كانت أعجل فمنفعة الخراج أدوم.

وذكر في «الإيضاح»: وقال الشافعي رحمه الله: يقسم الأراضي ولا يتركها في أيديهم بالخراج؛ لأن الأراضي أموال فصارت ملكًا للغانمين بالاستيلاء عليها، فلا يجوز إبطال ملكهم عنها إلا ببدل يعدلها، والخراج لا يعدل الملك، فوجبت القسمة كما في المنقولات، وهذا بخلاف الرقاب؛ لأنها خلقت في الأصل حرًا والملك ثبت بعارض، فالإمام إذا استرقهم فقد بدَّل حكم الأصل، فإذا جعلهم أحرارًا فقد بقي حكم الأصل فكان جائزًا.

ولنا حديث فتح مكة، فإنَّها فُتحت عنوةً وقهرًا وتركت في أيديهم، وكذلك سواد العراق لمَّا فتح في زمان عثمان بن عفان رضي الله عنه تركها في أيدي أهلها، وضرب عليها الخراج، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم.

ونستدل بفصل الرقاب فنقول: بأنه يجوز المن عليهم في رقابهم بضرب الجزية، فكذا يجوز المن عليهم في أراضيهم بضرب الخراج.

بَدَلٍ يُعَادِلُهُ، وَالخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادَلٍ لِقَتْلِهِ، بِخِلَافِ الرِّقَابِ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالقَتْلِ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا؛ لِأَنَّهُمْ كَالأُكْرَةِ العَامِلَةِ لِلْمُسْلِمِينَ العَالِمَةِ بِوُجُوهِ الزِّرَاعَةِ، وَالمُؤَنِ مُرْتَفِعَةٌ مَعَ مَا أَنَّهُ يَحْظَى بِهِ الَّذِينَ يَأْتُونَ مِنْ بَعْدُ، وَالخَرَاجُ وَإِنْ قَلَّ حَالًا فَقَدْ جَلَّ مَآلًا لِدَوَامِهِ، وَإِنْ مَنَّ عَلَيْهِمْ بِالرِّقَابِ وَالأَرَاضِي يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ مِنَ المَنْقُولَاتِ بِقَدْرِ مَا يَتَهَيَّأُ لَهُمُ العَمَلُ لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الكَرَاهَةِ.

قوله: لِأَنَّ فِي المَنِّ إِبْطَالَ حَقِّ الغَانِمِينَ - أي: عندكم - أَوْ مِلْكِهِمْ، أي: عندي.

قوله: وَالخَرَاجُ غَيْرُ مُعَادَلٍ، أي: للعقار.

قوله: بِخِلَافِ الرِّقَابِ؛ لِأَنَّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُبْطِلَ حَقَّهُمْ رَأْسًا بِالقَتْلِ، فكذا له أن يبطل بالخلف وهو الجزية.

قوله: مَا رَوَيْنَاهُ، أي: من فعل عمر رضي الله عنه.

قوله: وَلِأَنَّ فِيهِ، أي: في إقرار أهله عليه.

قوله: كَالأُكْرَةِ، أي: المزارعين.

قوله: وَالمُؤَنِ مُرْتَفِعَةٌ، أي: مؤنة الزراعة مرتفعة عن الإمام والمسلمين.

قوله: فَقَدْ جَلَّ مَآلًا، يعني: الخراج، وإن كان قليلًا في الحال صورة، فهو كثير من حيث المعنى لدوامه وهو وجوبه في كل سنة.

قوله: لِيَخْرُجَ عَنْ حَدِّ الكَرَاهَةِ، فقد ذكر الإمام التمرتاشي: فإن منَّ عليهم برقابهم وأراضيهم، وقسم النساء والذرية وسائر الأموال جاز ولكن يكره؛ لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تزجية العمر، إلا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأراضي.

قَالَ: (وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ) «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَدْ قَتَلَ»، وَلِأَنَّ فِيهِ حَسْمَ مَادَّةِ الفَسَادِ (وَإِنْ شَاءَ اسْتَرَقَّهُمْ) لِأَنَّ فِيهَا دَفْعَ شَرِّهِمْ مَعَ وُفُورِ المَنْفَعَةِ لِأَهْلِ الإِسْلَامِ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ) لِمَا بَيَّنَّاهُ (إِلَّا مُشْرِكِي العَرَبِ وَالمُرْتَدِّينَ) عَلَى مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دَارِ الحَرْبِ) لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَهُمْ عَلَى المُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَسْلَمُوا لَا يَقْتُلُهُمْ لِانْدِفَاعِ

قوله: وَهُوَ فِي الأُسَارَى بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ قَتَلَهُمْ، فقد أطلق القتل في الأسارى، وهو ليس بمجرًى على إطلاقه، فإن اسم الأسير باق في الذي أسلم بعد الأسر، ولا يجوز القتل في حقه على ما يجيء.

قوله: «لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدْ قَتَلَ»، وذكر في «الإيضاح»: فأمَّا الكلام في جواز القتل بعد حصولهم في أيدي الإمام فما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلَّم أنه قتل عقبة بن أبي معيط، والنضر بن أبي سُهيل بعدما حصلا في يده، وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم، فإن أسلموا سقط القتل عنهم؛ لأنها عقوبة وجبت للبقاء على الكفر، فإذا زال الكفر سقط القتل عنهم.

وحاصله أن الإسلام لا ينافي بقاء حكم الاسترقاق؛ لأن الرقيَّة تثبت بطريق التبعيَّة، فبقاؤها يكون تبعـًا لما وجد في حقه حالة الكفر، ولكن الإسلام ينافي بقاء حكم القتل؛ لأن القتل في هذا جزاء الكفر الحقيقيّ لا جزاء أثره، ولهذا لا يثبت حكم القتل بطريق التبعية.

قوله: وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمْ أَحْرَارًا، فإن قيل: ينبغي أن لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى: ﴿وَٱقۡتُلُوهُمۡ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡۚ﴾ [النساء: ٨٩]، فعلى هذا استقرَّ أمرُ الجهاد على ما مرَّ ذكره.

قلنا: خصَّ من هذه الآية أهل الذمة، والمستأمنون، والنساء وغير ذلك، فيخص المتنازع عنها بفعل عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله:** كَذَلِكَ فَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بِسَوَادِ العِرَاقِ، إلى آخره.

الشَّرِّ بِدُونِهِ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُمْ) تَوْفِيرًا لِلْمَنْفَعَةِ بَعْدَ انْعِقَادِ سَبَبِ المِلْكِ بِخِلَافِ إِسْلَامِهِمْ قَبْلَ الأَخْذِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدِ السَّبَبُ بَعْدُ.

(وَلَا يُفَادِي بِالأَسَارَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُفَادِي بِهِمْ أُسَارَى المُسْلِمِينَ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ فِيهِ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ وَهُوَ أَوْلَى مِنْ قَتْلِ الكَافِرِ وَالِانْتِفَاعِ بِهِ، وَلَهُ أَنَّ فِيهِ مَعُونَةً لِلْكَفَرَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعُودُ حَرْبًا عَلَيْنَا، وَدَفْعُ شَرِّ حَرْبِهِ خَيْرٌ مِنِ اسْتِنْقَاذِ الأَسِيرِ المُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمْ كَانَ ابْتِلَاءً فِي حَقِّهِ غَيْرَ مُضَافٍ إِلَيْنَا، وَالإِعَانَةُ بِدَفْعِ أَسِيرِهِمْ إِلَيْهِمْ مُضَافٌ إِلَيْنَا، أَمَّا المُفَادَاةُ بِمَالٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ لَا يَجُوزُ فِي المَشْهُورِ مِنَ المَذْهَبِ لِمَا بَيَّنَّا.

والمفاداة بين اثنين، يقال: فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته، كذا في «المغرب»، ومنه **قوله**: وَلَا يُفَادِي بِالأُسَارَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أي: لا تؤخذ فدية بمقابلة إطلاق الأسارى التي في أيدي المسلمين، يعني: (فدا گرفته نشود نه مال ونه اسير مسلم در مقابله اطلاق اسير كافران).

وما ذكر هاهنا موافق لما ذكر في «الإيضاح» فقال فيه: الأصل عند أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يجوز مفاداة أساراهم بالأسارى ولا بغيرهم من المال، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز المفاداة بالأسارى، ولا يجوز بالمال.

وجعل في «السير الكبير» ما ذكر من قولهما هاهنا ظاهر رواية أصحابنا فقال: لا بأس بأن يفادى أسرى المسلمين بأسرى المشركين الذين في أيدي المسلمين من الرجال والنساء، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وهو أظهر الروايتين عند أبي حنيفة رضي الله عنهم، وعنه في رواية أخرى أنه قال: لا يجوز مفاداة الأسير بالأسير، ثم قال: وجه ظاهر الرواية أن تخليص أسرى المسلمين من أيدي المشركين واجب، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بطريق المفاداة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى **قوله**: أَنَّ فِيهِ مَعُونَةً لِلْكَفَرَةِ؛ لِأَنَّهُ يَعُودُ حَرْبًا عَلَيْنَا.

وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ إذَا كَانَ بِالمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ اسْتِدْلالًا بِأُسَارَى بَدْرٍ، وَلَوْ كَانَ أَسْلَمَ الأَسِيرُ فِي أَيْدِينَا لا يُفَادِي بِمُسْلِمٍ أَسِيرٍ فِي أَيْدِيهِمْ لِأَنَّهُ لا يُفِيدُ إلَّا إذَا طَابَتْ نَفْسُهُ بِهِ وَهُوَ مَأْمُونٌ عَلَى إسْلَامِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ المَنُّ عَلَيْهِمْ) أَيْ عَلَى الأَسَارَى خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّهُ يَقُولُ «مِنْ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى بَعْضِ الأُسَارَى يَوْمَ بَدْرٍ، وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿فَاقْتُلُوا المُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥] » وَلِأَنَّهُ بِالأَسْرِ وَالقَسْرِ ثَبَتَ حَقُّ الِاسْتِرْقَاقِ فِيهِ فَلَا يَجُوزُ إسْقَاطُهُ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ وَعِوَضٍ، وَمَا رَوَاهُ مَنْسُوخٌ بِمَا تَلَوْنَا.

قوله: وَفِي السِّيَرِ الكَبِيرِ أَنَّهُ لا بَأْسَ بِهِ، أي: بالمفاداة بمال يأخذه منهم.

قوله: اسْتِدْلالًا بِأُسَارَى بَدْرٍ، وذكر في «الإيضاح»: ولا دلالة فيه، فإن سورة براءة آخر ما نزلت، وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فكان ناسخًا، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا يجوز بعدها، وقال محمد: يجوز على كل حال.

قوله: وَلا يَجُوزُ المَنُّ عَلَيْهِمْ، أَيْ عَلَى الأُسَارَى، المراد من المنِّ هو: الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانًا من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل.

وعلل في «السير الكبير» بقوله: لأن في المن على الأسير تمكينه من أن يعود حربًا للمسلمين بعد الظهور عليه، وذلك لا يحل، وقد بيَّنا أن حكم المن الثابت بقوله: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ﴾ [محمد: ٤] قد انتسخ بقوله: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، والذي رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم منَّ على أبي عزة الجمحي يوم بدر، فقد كان ذلك قبل انتساخ حكم المن، ألا ترى أنه وقع أسيرًا يوم أحد، وطلب من رسول الله صلى الله عليه وسلَّم أن يمن عليه

(وَإِذَا أَرَادَ الإِمَامُ العَوْدَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى نَقْلِهَا إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا وَلَا يَعْقِرُهَا وَلَا يَتْرُكُهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يَتْرُكُهَا؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَى عَنْ ذَبْحِ الشَّاةِ إِلَّا لِمَأْكَلَةٍ»، وَلَنَا أَنَّ ذَبْحَ الحَيَوَانِ يَجُوزُ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ، وَلَا غَرَضَ أَصَحُّ مِنْ كَسْرِ شَوْكَةِ الأَعْدَاءِ، ثُمَّ يُحْرَقُ بِالنَّارِ لِيَنْقَطِعَ مَنْفَعَتُهُ عَنِ الكُفَّارِ وَصَارَ كَتَخْرِيبِ البُنْيَانِ بِخِلَافِ التَّحْرِيقِ قَبْلَ الذَّبْحِ لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ العَقْرِ لِأَنَّهُ مُثْلَةٌ، وَتُحْرَقُ الأَسْلِحَةُ أَيْضًا، وَمَا لَا يَحْتَرِقُ مِنْهَا يُدْفَنُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَقِفُ عَلَيْهِ الكُفَّارُ إِبْطَالًا لِلْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِمْ.

(وَلَا يُقَسِّمُ غَنِيمَةً فِي دَارِ الحَرْبِ حَتَّى يُخْرِجَهَا إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَأَصْلُهُ أَنَّ المِلْكَ لِلْغَانِمِينَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ يَثْبُتُ وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا الأَصْلِ عِدَّةٌ مِّنَ المَسَائِلِ ذَكَرْنَاهَا فِي

فأبى وقال: لا تحدث العرب بأنّي خدعتُ محمدًا مرتين، ثم أمر به فقتل.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وذكر في «الإيضاح»: وقال أبو يوسف رحمه الله: إن قسمت في دار الحرب جاز.

قوله: وَيَبْتَنِي عَلَى هَذَا الأَصْلِ عِدَّةٌ مِّنَ المَسَائِلِ، وذكر في «التحفة»: يتعلق حق التملك أو حق الملك للغزاة بنفس الأخذ والاستيلاء، ولا يثبت الملك به قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، فإن عنده في قولٍ يثبت الملك بنفس الأخذ، وفي قول بعد الفراغ من القتال وانهزام العدو.

ويبتني على هذا الأصل فروع:

منها: أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم لا لحاجة الغزاة، أو باع واحدٌ من الغزاة فإنه لا يصح عندنا؛ لعدم الملك، وكذا لو أتلف واحد من الغزاة في دار الحرب فإنه لا يضمن،

كِفَايَةُ المُنْتَهى، لَهُ أَنَّ سَبَبَ المِلْكِ الِاسْتِيلَاءُ إِذَا وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فِي الصَّيُودِ، وَلَا مَعْنَى لِلِاسْتِيلَاءِ سِوَى إِثْبَاتِ اليَدِ وَقَدْ تَحَقَّقَ، وَلَنَا أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَنِيمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ»، وَالخِلَافُ ثَابِتٌ فِيهِ، وَالقِسْمَةُ بَيْعٌ مَعْنًى فَتَدْخُلُ تَحْتَهُ، وَلِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ اليَدِ الحَافِظَةِ وَالنَّاقِلَةِ وَالثَّانِي مُنْعَدِمٌ لِقُدْرَتِهِمْ

ولو مات واحد من الغزاة لا يورث سهمه، ولو لحق المدد الجيش قبل القسمة في دار الحرب يشاركونهم في القسمة، ولو قسم الإمام في دار الحرب لا مجتهدًا ولا باعتبار حاجة الغزاة لا تصح القسمة عندنا، وعند الشافعي يصح، وقال هو بخلاف ما ذكرنا في هذه الفصول.

وبيان ثبوت الحق لهم أن الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام فإنه لا يكون حرًّا، ولو أسلم قبل الأخذ يكون حرًّا؛ لما أنه تعلق حق الغزاة بالأخذ، وكذا لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز بدار الإسلام، فإنَّهم لا يختصون بأموالهم، بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد.

وكذا ليس لواحدٍ من الغزاة أن يأخذ شيئًا من الغنائم من غير حاجة؛ ولو لم يثبت الحق لهم لكانت الغنائم بمنزلة المباح، ثم بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإن حق الملك يتأكد ويستقر، ولكن لا يثبت الملك أيضًا؛ ولهذا قالوا: لو مات واحد منهم يورث نصيبه، ولو قسم الإمام أو باع جاز، ولو لحقهم مددٌ لا يشاركون ويضمن المتلف، ولكن الملك لا يثبت حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبدًا من عبيد الغنيمة لا يعتق؛ لأنه لا يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة.

وهذا الذي ذكر في «التحفة» معنى ما ذكر في «المبسوط»، فقال فيه بعدما ذكر قول الشافعي: فأمَّا عندنا فالحق يثبت بنفس الأخذ، ويتأكد بالإحراز، ويملك بالقسمة، كحق الشفعة يثبت بالبيع، ويتأكد بالطلب، ويتم الملك بالأخذ، وما دام الحق ضعيفًا لا يجوز القسمة؛ لأنه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض.

قوله: وَالثَّانِي مُنْعَدِمٌ، أي: إثبات اليد الناقلة إلى دار الإسلام منعدم، لِقُدْرَتِهِمْ، أي: الكفرة.

عَلَى الِاسْتِنْقَاذِ وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الخِلَافِ تَرَتُّبُ الأَحْكَامِ عَلَى القِسْمَةِ إِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ لا عَنِ اجْتِهَادٍ، لِأَنَّ حُكْمَ المِلْكِ لا يَثْبُتُ بِدُونِهِ، وَقِيلَ الكَرَاهَةُ، وَهِيَ كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ فَإِنَّهُ قَالَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ لا تَجُوزُ القِسْمَةُ فِي دَارِ الحَرْبِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ الأَفْضَلُ

قوله: وَوُجُودِهِ ظَاهِرًا، لكون المسلمين في ديارهم فكان **قوله:** وَوُجُودِهِ، بالجر عطفًا على قدرتهم.

قوله: ثُمَّ قِيلَ: مَوْضِعُ الخِلَافِ تَرَتُّبُ الأَحْكَامِ عَلَى القِسْمَةِ إِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ لا عَنِ اجْتِهَادٍ، أي: أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد، فإنَّها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطء وسائر الانتفاع أم لا؟ فعلى قوله يثبت، وعندنا لا يثبت.

ثم علل **بقوله:** لِأَنَّ حُكْمَ المِلْكِ لا يَثْبُتُ بِدُونِهِ، أي: بدون الملك، فلمَّا تثبت أحكام الملك عنده من الأكل والوطء وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد، علمنا أن الملك كان ثابتًا له قبل القسمة، كما إذا كانت التركة بين الورثة، فإنه إنما تثبت أحكام الملك من الانتفاعات إذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة، فكذلك هاهُنا على قوله، وعندنا لا يثبت بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد من حكم الملك؛ لأن الملك لا يثبت قبل هذه القسمة، فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة شيء.

ثمَّ إنما قيد القسمة لا عن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف، فإنه إذا قسم مجتهدًا جاز بالاتفاق.

وذكر في «المبسوط»: وإن قسمها في دار الحرب جاز؛ لأنه أمضى فصلًا مجتهدًا فيه، وقضاء المجتهد في المجتهد فيه نافذ.

قوله: وَقِيلَ الكَرَاهَةُ، أي: حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة، لا عدم الجواز.

وذكر في «المبسوط»: وقيل: من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة؛

أَنْ يُقَسَّمَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ البُطْلَانِ رَاجِحٌ، إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ سَلْبِ الجَوَازِ فَلَا يَتَقَاعَدُ عَنْ إِيرَاثِ الكَرَاهَةِ.

(وَالرِّدْءُ وَالمُقَاتِلُ فِي العَسْكَرِ سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمْ فِي السَّبَبِ وَهُوَ المُجَاوَزَةُ أَوْ شُهُودُ الوَقْعَةِ عَلَى مَا عُرِفَ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُقَاتِلْ لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ لِمَا ذَكَرْنَا (وَإِذَا لَحِقَهُمُ المَدَدُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبْلَ أَنْ يُخْرِجُوا الغَنِيمَةَ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ بَعْدَ انْقِضَاءِ القِتَالِ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَى مَا مَهَّدْنَاهُ مِنَ الأَصْلِ، وَإِنَّمَا

لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم في اللحوق بالجيش؛ ولأنه إذا قسم تفرقوا، فرُبَّما يكثر العدو على بعضهم، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها.

قوله: وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ أَنَّ دَلِيلَ البُطْلَانِ رَاجِحٌ، بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء بالدليل الذي ذكرنا، أو أن دليل البطلان محرم، والمحرم راجح على المبيح.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ تَقَاعَدَ عَنْ سَلْبِ الجَوَازِ، أي: بالإجماع، أمَّا الشافعي فقائل بالجواز مطلقاً، ونحن نقول به مع الكراهة.

قوله: فَلَا يَتَقَاعَدُ عَنْ إِيرَاثِ الكَرَاهَةِ؛ لأن دليل المرجوح لمَّا لم يبطل أصلًا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة، كما في سُؤر الهرة، وهذا الذي ذكره عند عدم الحاجة، وأمَّا لو احتاج الغزاة إلى الانتفاع بالمتاع والثياب والدواب، قسمها الإمام بينهم في دار الحرب لتحقق حاجتهم عليه.

قوله: شَارَكُوهُمْ فِيهَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وعند الشافعي لا شركة للمدد إذا لحق الجيش بعد الإصابة، بناءً على أصله أن السبب هو الأخذ والملك يثبت بنفس الأخذ، وعندنا السبب هو القهر، وتمام القهر بالإحراز بدار الإسلام، فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي به يتم السبب يشاركونَهم في تأكد الحق به، كما لو التحقوا بهم في حالة القتال، كذا في «المبسوط».

يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمُشَارَكَةِ عِنْدَنَا بِالإِحْرَازِ أَوْ بِقِسْمَةِ الإِمَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ بِبَيْعِهِ الْمَغَانِمَ فِيهَا، لِأَنَّ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا يَتِمُّ الْمِلْكُ فَيَنْقَطِعُ حَقُّ شَرِكَةِ الْمَدَدِ.

قَالَ: (وَلَا حَقَّ لِأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يُسْهِمُ لَهُمْ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الْجِهَادَ مَعْنًى بِتَكْثِيرِ السَّوَادِ، وَلَنَا أَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ الْمُجَاوَزَةُ عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ فَانْعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ فَيُعْتَبَرُ السَّبَبُ الْحَقِيقِيُّ وَهُوَ الْقِتَالُ فَيُفِيدُ الِاسْتِحْقَاقَ عَلَى حَسَبِ حَالِهِ فَارِسًا أَوْ رَاجِلًا عِنْدَ الْقِتَالِ، وَمَا رَوَاهُ مَوْقُوفٌ عَلَى عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ تَأْوِيلَهُ أَنْ يَشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ.

(وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ تُحْمَلُ عَلَيْهَا الْغَنَائِمُ قَسَّمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ قِسْمَةَ إِيدَاعٍ

قوله: وَلَا حَقَّ لِأَهْلِ سُوقِ الْعَسْكَرِ فِي الْغَنِيمَةِ، وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول نفي السهم والرضخ، وذكر في «المبسوط»: وأهل سوق العسكر إن لم يقاتلوا فلا سهم لهم ولا رضخ؛ لأن قصدهم التجارة، لا إرهاب العدو، وإعزاز الدين.

قوله: فَانْعَدَمَ السَّبَبُ الظَّاهِرُ، وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال.

قوله: وَمَا رَوَاهُ مَوْقُوفٌ عَلَى عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصًا على أصل الشافعي، فإن عنده لا يقلد الصحابي.

قوله: وَتَأْوِيلَهُ أَنْ يَشْهَدَهَا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ، أي: أن يشهد الوقعة، وهي القتال على قصد القتال، أي: قاصدًا لقتال الكفار، ألا ترى أن الكفار قد شهدوها أيضًا للقتال، وليس لهم حق؛ لأنهم لم يحضروها لقتال الكفار.

قوله: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِلْإِمَامِ حَمُولَةٌ، بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير، أو فرس، أو بغل، أو حمار.

لِيَحْمُوهَا إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ ثُمَّ يَرْتَجِعَهَا مِنْهُمْ فَيُقَسِّمَهَا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: هَكَذَا ذُكِرَ فِي المُخْتَصَرِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ رِضَاهُمْ وَهُوَ رِوَايَةُ السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَالجُمْلَةُ فِي هَذَا أَنَّ الإِمَامَ إِذَا وَجَدَ فِي المَغْنَمِ حَمُولَةً يَحْمِلُ الغَنَائِمَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الحَمُولَةَ وَالمَحْمُولَ مَالُهُمْ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ المَالِ فَضْلُ حَمُولَةٍ لِأَنَّهُ مَالُ المُسْلِمِينَ، وَلَوْ كَانَ لِلْغَانِمِينَ أَوْ لِبَعْضِهِمْ لا يُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الصَّغِيرِ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ وَصَارَ كَمَا إِذَا نَفَقَتْ دَابَّتُهُ فِي مَفَازَةٍ وَمَعَ رَفِيقِهِ فَضْلُ حَمُولَةٍ، وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ لِأَنَّهُ دَفْعُ الضَّرَرِ العَامِّ بِتَحْمِيلِ ضَرَرٍ خَاصٍّ.

قوله: لِأَنَّهُ ابْتِدَاءُ إِجَارَةٍ، أي: من كل وجه، هذا احتراز عن إجارة مستأنفة في حالة البقاء، فإنه يجبر على الإجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة، فإن من استأجر سفينةً شهرًا، فمضت المدة في وسط البحر فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل بغير رضا المالك، كذا في «المحيط».

قوله: وَيُجْبِرُهُمْ فِي رِوَايَةِ السِّيَرِ الكَبِيرِ، وذكر في أواخر الدفتر الأول من «السير الكبير» في باب ما يحمل عليه الفيء وما يركبه الرجل من الدواب: وإن رأى الإمام أن يستأجر الحمولة من أصحابها بأجر معلوم، فذلك صحيح وتكون الأجرة من الغنائم، يبدأ به قبل الخمس؛ لأن في هذا الاستئجار منفعة للغانمين، فهوكالاستئجار لسوق الغنم والرمك، وحق أصحاب الحمولة في ذلك لا يمنع من صحة الاستئجار؛ لأنه لا ملك لهم فيها قبل الإحراز والقسمة، وشركة الملك هي التي تمنع من صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال، ويستوي في ذلك أن رضي به أصحاب الحمولة أو أبوا إذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة؛ لأنهم بهذا الإباء قصدوا التعنت، فإن في هذا الاستئجار منفعة لهم من حيث أنه تحصل لهم الأجرة بمقابلة منفعة لا تبقى لهم بدون هذا الاستئجار، وفيه منفعة للغانمين أيضًا فكانوا متعنتين في الإباء، والقاضي لا يلتفتُ إلى إباء المتعنت؛ ولأن ابتداء الاستئجار وبقاء الإجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الأمير، فمن الأمير أولى، وبيانه في استئجار

(وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الغَنَائِمِ قَبْلَ القِسْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ) لِأَنَّهُ لا مِلْكَ قَبْلَهَا، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَدْ بَيَّنَّا الأَصْلَ (وَمَنْ مَاتَ مِنَ الغَانِمِينَ فِي دَارِ الحَرْبِ فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الغَنِيمَةِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ) لِأَنَّ الإِرْثَ يَجْرِي فِي المِلْكِ، وَلا مِلْكَ قَبْلَ الإِحْرَازِ، وَإِنَّمَا المِلْكُ بَعْدَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الهَزِيمَةِ يُورَثُ نَصِيبُهُ لِقِيَامِ المِلْكِ فِيهِ عِنْدَهُ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: (وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ العَسْكَرُ فِي دَارِ الحَرْبِ وَيَأْكُلُوا مَا وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعَامِ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: أَرْسَلَ وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالحَاجَةِ، وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِطْهَا فِي أُخْرَى، وَجْهُ الأُولَى أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الغَانِمِينَ فَلَا يُبَاحُ الانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا لِحَاجَةٍ

السفينة على ما ذكرنا، وكذلك استئجار الأوعية يحمل المائع فيها مدةً معلومةً، إذا انتهت المدة وهم في المفازة.

وكذلك إذا استأجر دابة لحمل الأمتعة من موضع إلى موضع مدةً معلومةً، فانتهت المدة وهم في المفازة، أو ماتَ صاحب الدابة فإنه يبدأ العقد بعد انتهاء المدة، وتبقى بعد الموت في هذه المواضع بأجر المثل، وبالمسمى في حالة البقاء وكان ذلك لأجل الحاجة، فكذلك في الغنائم إذا تحققت الحاجة إلى حملها، هكذا قرأتُ في «شرح السير الكبير» المنسوب إلى الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي على شيخي رحمهما الله.

قوله: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ، علف الدابة في المِعلف بكسر الميم علفاً، أطعمها العلف، وأعلفها لغة، كذا في «المغرب»، فعلى هذا كان المفعول بهما محذوفين في **قوله**: وَلا بَأْسَ بِأَنْ يَعْلِفَ العَسْكَرُ فِي دَارِ الحَرْبِ، أي: دوابهم العلف.

قوله: وَقَدْ شَرَطَهَا فِي رِوَايَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِطْهَا فِي أُخْرَى، وذكر في «المبسوط» إباحةَ

كَمَا فِي الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ، وَجْهُ الأُخْرَى قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فِي طَعَامِ خَيْبَرَ كُلُوهَا وَاعْلِفُوهَا وَلَا تَحْمِلُوهَا» وَلِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَى دَلِيلِ الحَاجَةِ وَهُوَ كَوْنُهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، لِأَنَّ الغَازِيَ لَا يَسْتَصْحِبُ قُوتَ نَفْسِهِ وَعَلَفَ ظَهْرِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِيهَا وَالمِيرَةُ مُنْقَطِعَةٌ، فَبَقِيَ عَلَى أَصْلِ الإِبَاحَةِ لِلْحَاجَةِ، بِخِلَافِ السِّلَاحِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الحَاجَةِ، وَقَدْ تَمَسُّ إِلَيْهِ الحَاجَةُ،

الطعام والعلف من غير أن يحتاج إليه فقال: وإذا كان في الغنيمة طعام أو علف فاحتاج إليه رجل تناول بقدر حاجته، ثم قال: وقوله: فاحتاج، مذكور على وجه العادة دون الشرط، فللمحتاج وغيره أن يتناول من ذلك، ثم قال: وهذا لأنهم لا يمكنهم من الطعام والعلف مقدار حاجتهم للذهاب والرجوع، ولا يجدون في دار الحرب من يشترونها منه، وما يأخذونها يكون غنيمةً، فللعلم بوقوع الحاجة إليه يصير مستثنى من شركة الغنيمة مبقى على أصل الإباحة، ولهذا حل للمحتاج وغير المحتاج ما لم يخرجوا إلى دار الإسلام.

وذكر في «المحيط»: فقد قيد محمَّد رحمه الله في «السير الصغير» الإباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة، وفي «السير الكبير» أباح الانتفاع بحاجة وبغير حاجة، فصار في المسألة روايتان، فما ذكره في «السير الصغير» جواب القياس، وما ذكره في «السير الكبير» جواب الاستحسان، حتى أن على رواية «السير الكبير» يستوي فيه الغني والفقير في حل الانتفاع، ثم قال:

وكما يجوز للغازي أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها بمقدار كفايته، يجوز له أن يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه، ويقومون على دوابهم وحفظ رحالهم، وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم، ولو كان رجل دخل في دار الحرب ليخدم بعض الجندي بأجر، فلا يباح له أن يتناول شيئًا من الغنيمة، وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة.

قوله: وَعَلَفَ ظَهْرِهِ، أي: دابته، ولفظ الظهر مستعار لها.

قوله: وَالمِيرَةُ، الطعام، وهذان في «المغرب».

فَتُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا فَيَسْتَعْمِلُهُ ثُمَّ يَرُدُّهُ فِي المَغْنَمِ إِذَا اسْتَغْنَى عَنْهُ، وَالدَّابَّةُ مِثْلُ السِّلَاحِ، وَالطَّعَامُ كَالخُبْزِ وَاللَّحْمِ وَمَا يُسْتَعْمَلُ فِيهِ كَالسَّمْنِ وَالزَّيْتِ.

قَالَ: (وَيَسْتَعْمِلُوا الحَطَبَ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: الطِّيبَ، (وَيُدْهِنُوا بِالدُّهْنِ وَيُوقِحُوا بِهِ

قوله: فَتُعْتَبَرُ حَقِيقَتُهَا، أي: حقيقة الحاجة في السلاح.

قوله: وَالدَّابَّةُ مِثْلُ السِّلَاحِ، أي: يعتبر فيهما حقيقة الحاجة، لكن هذا إذا اعتبر في الدابة الركوب، وأما إذا اعتبر فيها الأكل فكانت هي كالطعام، على ما يجيء في رواية «السير الكبير»، و«الإيضاح»، و«المحيط».

قوله: وَالطَّعَامُ كَالخُبْزِ، وفي «المحيط»: وإن وجدوا غنماً فلا بأس بأن يذبحوها ويأكلوها وترد جلودها في الغنيمة، وذكر هذا الحكم في «السير الكبير» في الجزور، وفي «الإيضاح» في البقر، فعُلم بهذا أن المراد من الطعام ما هو مهيأ للأكل، وما هو غير مهيأ له سواء في إباحة التناول للغازي.

وإن أصابوا سمسماً، أو زيتاً، أو دهن سمسم، أو فاكهة يابسة أو رطبة، أو سكرًا، أو بصلًا أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة للتعيش، لا بأس بالتناول منها قبل القسمة، ولا يجوز أن يتناول شيئاً من الأدوية، والطيب، ودهن البنفسج، أو دهن الخيري.

وذكر في «الإيضاح»: إنما لا يجوز التناول منها؛ لأن هذه الأدهان لا تؤكل، ولا تستعمل للحاجة الأصلية، بل تستعمل للزينة، وكل ما لا يؤكل ولا يشرب، فلا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «ردوا الخيط والمخيط».

ثم قال فيه: وما استهلكه في دار الحرب ممَّا له قيمة، أو ليس له قيمة، فذلك هدر؛ لأن الحق وإن كان ثابتاً، ولكنه ليس بمستقر، ألا ترى أن المدد يشاركونهم فيه، وإذا لم يكن مستقرًا لم يجب الضمان.

قوله: وَيُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةَ، توقيح الدابة: تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حَفِي، أي: رقَّ من كثرة المشي، والراء خطأ، كذا في «المغرب»، ولكن صحَّح شيخي رحمه الله:

الدَّابَّةَ) لِمَسَاسِ الحَاجَةِ إِلَى جَمِيعِ ذَلِكَ (وَيُقَاتِلُوا بِمَا يَجِدُونَهُ مِنَ السِّلَاحِ، كُلُّ ذَلِكَ بِلَا قِسْمَةٍ) وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ) لِأَنَّ البَيْعَ يَتَرَتَّبُ عَلَى المِلْكِ وَلَا مِلْكَ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ وَصَارَ كَالمُبَاحِ لَهُ الطَّعَامُ، وَقَوْلُهُ وَلَا يَتَمَوَّلُونَهُ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُمْ لَا يَبِيعُونَهُ بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالعُرُوضِ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ إِلَى ذَلِكَ، فَإِنْ بَاعَهُ أَحَدُهُمْ رَدَّ الثَّمَنَ إِلَى الغَنِيمَةِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ عَيْنٍ كَانَتْ لِلْجَمَاعَةِ، وَأَمَّا الثِّيَابُ وَالمَتَاعُ فَيُكْرَهُ الِانْتِفَاعُ بِهَا قَبْلَ القِسْمَةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لِلِاشْتِرَاكِ، إِلَّا أَنَّهُ يُقَسِّمُ الإِمَامُ بَيْنَهُمْ فِي دَارِ الحَرْبِ إِذَا احْتَاجُوا إِلَى الثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ وَالمَتَاعِ؛ لِأَنَّ المُحَرَّمَ يُسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ فَالمَكْرُوهُ أَوْلَى، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّ المَدَدِ مُحْتَمَلٌ، وَحَاجَةُ هَؤُلَاءِ مُتَيَقَّنٌ بِهَا فَكَانَ أَوْلَى بِالرِّعَايَةِ، وَلَمْ يَذْكُرِ القِسْمَةَ فِي السِّلَاحِ، وَلَا فَرْقَ فِي الحَقِيقَةِ لِأَنَّهُ إِذَا احْتَاجَ وَاحِدٌ يُبَاحُ لَهُ الِانْتِفَاعُ فِي الفَصْلَيْنِ، وَإِنِ احْتَاجَ الكُلُّ يُقَسَّمُ

وَيُرْقِحُوا، بالراء من الترقيح وهو الإصلاح، هكذا نقل عن المصنِّف رحمه الله أنه قال: هكذا قرأنا على المشايخ.

قوله: وَتَأْوِيلُهُ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سِلَاحٌ، وإنما احتاج المصنِّف رحمه الله إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز، وذكر في «الإيضاح»: ولا ينبغي أن يستعمل شيئاً من السلاح والدواب ليبقى بذلك سلاحه ودوابه؛ لأن الإطلاق كان باعتبار الحاجة، ولا حاجة مع وجود الملك.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ، إشارة إلى **قوله:** بِخِلَافِ السِّلَاحِ لِأَنَّهُ يَسْتَصْحِبُهُ، إلى آخره.

قوله: يُبَاحُ لَهُ الِانْتِفَاعُ فِي الفَصْلَيْنِ، أي: في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب والمتاع.

فِي الفَصْلَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا احْتَاجُوا إِلَى السَّبْيِ حَيْثُ لا يُقَسَّمُ لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَيْهِ مِنْ فُضُولِ الحَوَائِجِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ) مَعْنَاهُ فِي دَارِ الحَرْبِ (أَحْرَزَ بِإِسْلَامِهِ نَفْسَهُ) لِأَنَّ الإِسْلَامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الِاسْتِرْقَاقِ،

قوله: وَمَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ، مَعْنَاهُ فِي دَارِ الحَرْبِ، إلى آخره، وإنما احتاج في تأويل المسألة إلى هذا المعنى ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دار الإسلام فأسلم في دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على دار الحرب، كان أولاد هذا المستأمن وأمواله كلها فيئًا.

وذكر في «الفوائد الظهيريَّة»: وهنا مسائل أربع:

إحداها: إذا أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهر على الدار، والحكم فيها ما ذكرناه لا يغنم نفسه وأولاده الصغار، وما كان في يده من المنقولات إلى آخره.

والمسألة الثانية: الحربي إذا دخل دارنا بأمان وأسلم، ثم ظهر المسلمون على داره وأهله وماله وجميع ما خلفه في دار الحرب من أولاده الصغار فيءٌ.

والثالثة: إذا أسلم الحربي في دار الحرب ثم دخل دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك فيءٌ إلا أولاده الصغار.

والرابعة: إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان، واشترى منهم أموالًا وأولادًا استصحبهم مع نفسه في دار الحرب، ثم ظهر المسلمون على الدار، فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي أسلم في دار الحرب، ثم وقع الظهور على الدار إلا في فصلين:

أحدهما: أن أولاده الكبار هنا لا يصيرون فيئـًا؛ لأنهم مسلمون.

والثاني: أن ما كان وديعة له عند حربي لا يصير فيئـًا على رواية أبي سليمان؛ لأنه بدل ما كان معصومـًا، وعلى رواية أبي حفص يصير فيئـًا.

قوله: لِأَنَّ الإِسْلَامَ يُنَافِي ابْتِدَاءَ الِاسْتِرْقَاقِ؛ لأن ابتداء الاسترقاق يقع جزاءً لكفره،

(وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ) لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعًا (وَكُلَّ مَالٍ هُوَ فِي يَدِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَالٍ فَهُوَ لَهُ» وَلِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ الحَقِيقِيَّةُ إِلَيْهِ يَدُ الظَّاهِرِينَ عَلَيْهِ (أَوْ وَدِيعَةً فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ)؛ لِأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ مُحْتَرَمَةٍ وَيَدُهُ كَيَدِهِ (فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَى دَارِ الحِرَابِ فَعَقَارُهُ فَيْءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ لَهُ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ فَصَارَ كَالمَنْقُولِ، وَلَنَا أَنَّ العَقَارَ فِي يَدِ أَهْلِ الدَّارِ وَسُلْطَانُهَا إِذَا هُوَ مِنْ جُمْلَةِ دَارِ الحَرْبِ فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ حَقِيقَةً، وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ الآخِرُ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ

من حيث أنه لما استنكف عن صيرورته عبدًا لله تعالى جازاه الله تعالى بأن صيره عبد عبيده، فلما كان مسلماً وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف، فلا يوجد المشروط وهو الاسترقاق.

وقيَّد بمنافاة الإسلام ابتداء الاسترقاق للاحتراز عن حالة البقاء، فإن الإسلام لا ينافي الاسترقاق في حالة البقاء؛ لأن الاسترقاق قد يثبت بطريق التبعية، كما في ولد الأمة من غير المولى، فيعتبر في حالة البقاء معنى التبعية.

قوله: وَأَوْلَادَهُ الصِّغَارَ، وقوله: وَكُلَّ مَالٍ، كلاهما بالنصب للعطف على قوله: نَفْسَهُ.

قوله: لِأَنَّهُ فِي يَدٍ صَحِيحَةٍ، احتراز عن يد الغاصب، وقوله: مُحْتَرَمَةٍ، احتراز عن يد الحربي.

قوله: وَقِيلَ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ الآخِرُ، وذكر شمس الأئمة السرخسي في «المبسوط» و«الجامع الصغير»: فما كان في يده من المال فهو له إلا العقار، فإنه فَيْءٌ في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: أستحسن في العقار أن أجعله له؛ لأنه ملك محترم له كالمنقول.

ولكنا نقول: هذه بقعة من بقاع دار الحرب، فتصير غنيمة للمسلمين كسائر البقاع؛ وهذا لأن اليد على البقاع إنما تثبت حكماً، ودار الحرب ليس بدار الأحكام، فلا معتبر بيده

اللهُ الأَوَّلُ هُوَ كَغَيْرِهِ مِنَ الأَمْوَالِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ اليَدَ حَقِيقَةً لا تَثْبُتُ عَلَى العَقَارِ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَثْبُتُ.

(وَزَوْجَتُهُ فَيْءٌ) لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرْبِيَّةٌ لا تَتْبَعُهُ فِي الإِسْلَامِ (وَكَذَا حَمْلُهَا فَيْءٌ) خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هُوَ يَقُولُ إِنَّهُ مُسْلِمٌ تَبَعًا كَالمُنْفَصِلِ، وَلَنَا أَنَّهُ جُزْؤُهَا فَيَرِقُّ بِرِقِّهَا وَالمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمَلُّكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ بِخِلَافِ المُنْفَصِلِ لِأَنَّهُ حُرٌّ لِانْعِدَامِ الجُزْئِيَّةِ عِنْدَ ذَلِكَ (وَأَوْلَادُهُ الكِبَارُ فَيْءٌ) لِأَنَّهُمْ كُفَّارٌ حَرْبِيُّونَ وَلا تَبَعِيَّةَ (وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ)؛

فيها قبل ظهور المسلمين عليها، وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم.

قوله: لا تَتْبَعُهُ فِي الإِسْلَامِ؛ لأن المسلم يتزوج الكتابيَّة، وتبقى كتابيَّة ولم تصر مسلمةً تبعـًا لزوجها إذ هو من باب الاعتقاد.

قوله: خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، أي: في الحمل لا غير، فإن ما في بطنها فيءٌ عندنا، وقال الشافعي: لا يكون فيئـًا، وقال: لأن ما في بطنها مسلم بإسلام أبيه، والمسلم لا يسترق أبدًا كالولد المنفصل، ولكنا نقول: الجنين في حكم جزء من أجزاء الأم، وهي قد صارت فيئـًا بجميع أجزائها، ألا ترى أنه لا يجوز أن يستثنى الجنين في إعتاق الأم كما لا يستثنى سائر أجزائها؛ فكما أن في الإعتاق لا يصير الجنين مستثنى عند إعتاق الأم بحال، فكذلك في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق في الأم؛ وهذا لأن الحكم في التبع لا يثبت ابتداءً، بل بثبوته في الأصل يظهر في التبع، فيكون هذا في حق التبع بمنزلة بقاء الحكم، والإسلام لا يمنع بقاء الرق، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالمُسْلِمُ مَحَلٌّ لِلتَّمَلُّكِ تَبَعًا لِغَيْرِهِ، كما إذا تزوَّج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقـًا بتبعية الأم، وإن كان الولد مسلمـًا بإسلام أبيه.

قوله: وَمَنْ قَاتَلَ مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ، ومن لم يقاتلنا من عبيده ليس بفيء؛ لأنَّهم أتباعه، كذا ذكره الإمام قاضي خان رحمه الله.

لِأَنَّهُ لَمَّا تَمَرَّدَ عَلَى مَوْلَاهُ خَرَجَ مِنْ يَدِهِ فَصَارَ تَبَعًا لِأَهْلِ دَارِهِمْ (وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ) غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ (وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَكُونُ فَيْئًا) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ - رَحِمَهُ اللهُ -: كَذَا ذُكِرَ الِاخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ،

قوله: وَمَا كَانَ مِنْ مَالِهِ فِي يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ، غَصْبًا كَانَ أَوْ وَدِيعَةً؛ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِمُحْتَرَمَةٍ، فإن قلتَ: أين ذهب قولكم: وما قام مقام غيره يعمل هو بوصف الأصل لا بوصف نفسه، كالتُّراب لمَّا قام مقام الماء عمل عمل الماء في التطهير، لا عمل نفسه التلويث؛ فهاهنا أيضاً لمَّا كان الحربي مودع المسلم كان قائماً مقامه؛ لما أن يد المودع كيد المودع، فيجبُ على هذا أن لا يعتبر عدم احترام يد الحربي، بل الواجب أن يعتبر يد من هو أصل له وهو المودع المسلم، كما لو كان المودع مسلماً أو ذميًّا.

قلتُ: العصمة في المال إنما تثبت تبعاً لعصمة المالك، وأمَّا بالنظر إلى نفسه فلا عصمة فيه؛ لما أن المال في أصله كان على صفة الإباحة، ثم تبعيَّة المال للمالك في العصمة إنما تثبت أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقةً وحكماً أو حكماً مع الاحترام؛ لما أن في ثبوت يده حكماً بدون الاحترام معارضة جهة الإباحة الأصلية، فلم تثبت العصمة؛ لأن العصمة أمرٌ عارض فلا تثبت عند معارضة الدليلين؛ ولأن قيام يد المودع في الوديعة حقيقي، وقيام يد المالك عليها حكميٌّ، فاعتبار الحكم إن أوجبَ العصمة واعتبار الحقيقة يمنع، والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك، إلى هذا أشار الإمام قاضي خان، والإمام ظهير الدين رحمهما الله.

قوله: وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ فَيْئًا، قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ رَحِمَهُ اللهُ: كَذَا ذُكِرَ الِاخْتِلَافُ فِي السِّيَرِ الكَبِيرِ، وَذَكَرُوا فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، قلتُ: هكذا وقع لفظ «الهداية»

لَهُمَا أَنَّ المَالَ تَابِعٌ لِلنَّفْسِ، وَقَدْ صَارَتْ مَعْصُومَةً بِإِسْلَامِهِ فَيَتْبَعُهَا مَالُهُ فِيهَا، وَلَوْ أَنَّهُ مَالٌ مُبَاحٌ فَيُمْلَكُ بِالِاسْتِيلَاءِ وَالنَّفْسُ لَمْ تَصِرْ مَعْصُومَةً بِالإِسْلَامِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ،

في بعض النسخ، وهو هكذا لا يصح أصلًا؛ لأنه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال: كذا ذكر الاختلاف في «السير الكبير»، و«الجامع الصغير»، ولما احتاج إلى ذكر **قوله**: وَذَكَرُوا فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لأنه حينئذٍ يكون تكرارًا محضًا مع تطويل بغير فائدة.

ووقع في بعض نسخ «الهداية»: وَذَكَرُوا فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، ووقع في بعضها: وقال محمد: لا يكون فيئًا، فكان **قوله**: وَقَالَا، ومع قول أبي حنيفة مكان **قوله**: مَعَ مُحَمَّدٍ، ولكني تتبعتُ بتوفيق الله تعالى الأقوال، فوجدتها كما هو حقها في الكتب، ثم وضعتُها كما يوضع الهِناء مواضع النُّقُب.

قلتُ: والصحيح من النسخ هو أن يقال: وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَكُونُ فَيْئًا؛ لأن رواية «السير الكبير» هكذا، كذا ذكره الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي في الدفتر الثاني من «السير الكبير» في باب ما لا يكون فيئًا وإن أحرز في دار الحرب، وهكذا أيضًا في «المحيط»، ولم يذكر فيهما قول أبي يوسف، والصحيح أيضًا في الثاني هو أن يقال: وَذَكَرُوا فِي شُرُوحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ؛ لأن الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله ذكر في «الجامع الصغير»: ولو كان وديعةً عند حربي، أو غصبًا عند مسلم أو ذمي، أو ضائعًا فهو فيءٌ؛ وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يكون فيئًا، وهكذا ذكر أيضًا في «الجامع الصغير» لقاضي خان، والتمرتاشي وغيرهما.

قوله: أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِمُتَقَوِّمَةٍ، حتى لم يجب القصاص والدية على قاتلها في دار الحرب.

إِلَّا أَنَّهُ مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الأَصْلِ لِكَوْنِهِ مُكَلَّفًا وَإِبَاحَةُ التَّعَرُّضِ بِعَارِضِ شَرِّهِ وَقَدِ انْدَفَعَ بِالإِسْلَامِ، بِخِلَافِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ خُلِقَ عُرْضَةً لِلامْتِهَانِ فَكَانَ مَحَلًّا لِلتَّمَلُّكِ وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا فَلَمْ تَثْبُتِ العِصْمَةُ.

(وَإِذَا خَرَجَ المُسْلِمُونَ مِنْ دَارِ الحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْلِفُوا مِنَ الغَنِيمَةِ وَلَا يَأْكُلُوا مِنْهَا) لِأَنَّ الضَّرُورَةَ قَدِ ارْتَفَعَتْ، وَالإِبَاحَةُ بِاعْتِبَارِهَا، وَلِأَنَّ الحَقَّ قَدْ تَأَكَّدَ حَتَّى يُوَرَّثَ نَصِيبَهُ وَلَا كَذَلِكَ قَبْلَ الإِخْرَاجِ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ (وَمَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أَوْ طَعَامٌ رَدَّهُ إِلَى الغَنِيمَةِ) مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسَّمْ، وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ مِثْلُ قَوْلِنَا، وَعَنْهُ أَنَّهُ لا يَرُدُّ اعْتِبَارًا بِالمُتَلَصِّصِ، وَلَنَا أَنَّ الاِخْتِصَاصَ ضَرُورَةُ الحَاجَةِ وَقَدْ زَالَتْ،

قوله: إِلَّا أَنَّهَا مُحَرَّمُ التَّعَرُّضِ فِي الأَصْلِ، هذا الاستثناء للفرق بين النفس والمال، هذا صفة النفس، وأمَّا المال ليس بمحرم التعرض في الأصل لكونه مهانـًا، وأمَّا النفس فهي محل التكليف، وهو يقتضي حرمة التعرض ليقوم على ما كلف به، وذلك إنما يكون أن لو كان معصومـًا عن التعرض.

قوله: وَلَيْسَتْ فِي يَدِهِ حُكْمًا، أنَّث ضمير المال على تأويل الأموال؛ لأن قوله: وَمَا كَانَ غَصْبًا فِي يَدِ مُسْلِمٍ، لفظ عام صالح لإرادة الأموال، يحترز بهذا عمَّا إذا كانت الأموال في يد مسلم أو ذمي وديعة؛ لأن يد المودع بمنزلة يد المودع حكمـًا، فكانت معصومة بعصمة المالك، وأمَّا يد الغاصب فليست بنائبة عن يد المغصوب منه، فلا يكون ما في يد الغاصب في يد المغصوب منه حكمـًا، فيجعل كأنه ليس في يد أحدٍ فكان فيئـًا.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ تُقَسَّمْ، أي: إذا لم تقسم الغنيمة.

قوله: اعْتِبَارًا بِالمُتَلَصِّصِ، فإنه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئـًا فهو لهم، ولا يخمس؛ لأنه ليس بغنيمة؛ لأن الغنيمة ما هو المأخوذ

بِخِلَافِ الْمُتَلَصِّصِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ أَحَقَّ بِهِ قَبْلَ الإِحْرَازِ فَكَذَا بَعْدَهُ، وَبَعْدَ القِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ إِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَانْتَفَعُوا بِهِ إِنْ كَانُوا مَحَاوِيجَ لِأَنَّهُ صَارَ فِي حُكْمِ اللُّقَطَةِ لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الغَانِمِينَ، وَإِنْ كَانُوا انْتَفَعُوا بِهِ بَعْدَ الإِحْرَازِ تُرَدُّ قِيمَتُهُ إِلَى المَغْنَمِ إِنْ كَانَ لَمْ يُقَسَّمْ، وَإِنْ قُسِّمَتِ الغَنِيمَةُ فَالغَنِيُّ يَتَصَدَّقُ بِقِيمَتِهِ وَالفَقِيرُ لا شَيْءَ عَلَيْهِ لِقِيَامِ القِيمَةِ مَقَامَ الأَصْلِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ.

قهرًا بإذن الإمام، بل هو مباح سبقت أيديهم إليه.

قوله: وَبَعْدَ القِسْمَةِ تَصَدَّقُوا بِهِ، أي: إذا جاءوا بما فضل من طعام أو علفٍ أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الإمام الغنيمة في دار الإسلام.

قوله: تَصَدَّقُوا بِهِ، أي: بعينه إن كان قائماً، أو بثمنه إذا كانوا باعوه، كذا في «المبسوط».

قوله: مَحَاوِيجَ، يُقال: حاج يحوج حوجاً، إذا احتاج، وأحوجه إليه غيره، وأحوج أيضاً بمعنى احتاج، ورجل مُحوِج، وقوم محاويج، كذا بخط الإمام الزرنوجي رحمه الله، وذكر في «المغرب»: المحاويج: المحتاجون عاميٌّ.

قوله: لِتَعَذُّرِ الرَّدِّ عَلَى الغَانِمِينَ، لتفرقهم.

قوله: وَإِنْ كَانُوا انْتَفَعُوا بِهِ بَعْدَ الإِحْرَازِ، أي: وإن كانوا انتفعوا بما فضل عن الغنيمة الذي معه بعد خروجهم إلى دار الإسلام بأكل، أو شرب أو غيرهما من الاستهلاك.

قوله: لِقِيَامِ القِيمَةِ مَقَامَ الأَصْلِ فَأَخَذَ حُكْمَهُ، أي: أخذت القيمة حكم الأصل، ذكَّر ضمير القيمة على تأويل ما يقوم، أي: لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه، لو كان قائماً بعينه وهو فقير، كان يطلق له التناول منه، فكذا يطلق له التناول من قيمته؛ لأن القيمة تقوم مقام الأصل، وتسميتها بالقيمة متأدية له، والله تعالى أعلم.

(فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ)

قَالَ: (وَيُقَسِّمُ الإِمَامُ الغَنِيمَةَ فَيُخْرِجُ خُمُسَهَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] اسْتَثْنَى الخُمُسَ (وَيُقَسِّمُ الأَرْبَعَةَ الأَخْمَاسِ بَيْنَ الغَانِمِينَ)؛ «لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَسَّمَهَا بَيْنَ الغَانِمِينَ» (ثُمَّ لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - (وَقَالَا: لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى -، لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَسْهَمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا» وَلِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بِالغِنَاءِ وَغِنَاؤُهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَمْثَالِ الرَّاجِلِ؛ لِأَنَّهُ لِلْكَرِّ وَالفَرِّ وَالثَّبَاتِ،

فصلٌ في كيفية القسمة

لمَّا بين أحكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها.

ذكر في «الإيضاح»: القسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين.

قوله: اسْتَثْنَى الخُمُسَ، أي: أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه، فكان استثناءً معنًى لا لفظًا، فأطلق لفظ الاستثناء لوجود معنى الإخراج فيه، كما في الاستثناء اللفظي، ويحتمل أن يكون هذا من: استثنيتُ الشيء، أي: زويته لنفسي، وهو من ثني العود إذا حناه وعطفه، أي: استثنى الله تعالى الخمس لنفسه **بقوله:** ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾.

قوله: بِالغِنَاءِ، الغَنَآء بالفتح والمد: الإجزاء والكفاية.

قوله: لِلْكَرِّ وَالفَرِّ، الكرّ: الصولة والحملة، والفرّ: بمعنى الفرار، والفرار إذا كان

وَالرَّاجِلُ لِلثَّبَاتِ لا غَيْرُ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى - مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَعْطَى الفَارِسَ سَهْمَيْنِ وَالرَّاجِلَ سَهْمًا» فَتَعَارَضَ فِعْلَاهُ، فَيُرْجَعُ إِلَى قَوْلِهِ وَقَدْ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ» كَيْفَ وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُمَا - «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَسَّمَ لِلْفَارِسِ سَهْمَيْنِ» وَإِذَا تَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ تُرَجَّحَ رِوَايَةُ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَيَكُونُ غِنَاؤُهُ مِثْلَيْ غِنَاءِ الرَّاجِلِ فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ بِسَهْمٍ وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ لِتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ فَيُدَارُ

لأجل أن يكون الكرّ أشد كان هو من الجهاد، والفرار في موضع الفرار محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

قوله: وَإِذَا تَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ، أي: روايتا ابن عُمر رضي الله عنهما، وهي روايتهما عنه على وفق مذهبهما، ورواية أبي حنيفة رضي الله عنه أيضاً على وفق مذهبه.

قوله: تُرَجَّحَ رِوَايَةُ غَيْرِهِ، وهو ابن عباس رضي الله عنهما **بقوله:** «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَى الفَارِسَ سَهْمَيْنِ».

ومعنى **قوله:** تُرَجَّحَ، أي: سلم رواية ابن عباس عن المعارضة فيعمل بها؛ لأن للمترجح لا بد من المرجح، وروايتا ابن عمر بعد التساقط بالتعارض لا يصلح مرجحاً، والدليل على هذا ما ذكره في «الأسرار» بقوله: أو يحمل أخبار الفعل على التعارض، فيبقى لنا قوله صلى الله عليه وسلَّم: «للراجل سهم وللفارس سهمان» من غير معارض.

قوله: وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ؛ لأن نفس الفرار ليس بمستحسن، بل الفرّ إنما حسن إذا فعل لأجل الكرّ، فحينئذٍ يكونان من جنس واحد؛ إذ الكلام فيه، كذا في طريقة بعض المشايخ.

قوله: وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ، أي: قد يزيد الفارس على فارس آخر في الغناء

الحُكْمُ عَلَى سَبَبٍ ظَاهِرٍ، وَلِلْفَارِسِ سَبَبَانِ النَّفْسُ وَالفَرَسُ، وَلِلرَّاجِلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى ضِعْفِهِ.

(وَلا يُسْهِمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: يُسْهِمُ لِفَرَسَيْنِ، لِمَا رُوِيَ «أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَسْهَمَ لِفَرَسَيْنِ» وَلِأَنَّ الوَاحِدَ قَدْ يَعْيَا فَيَحْتَاجُ إِلَى الآخَرِ، وَلَهُمَا «أَنَّ البَرَاءَ بْنَ أَوْسٍ قَادَ فَرَسَيْنِ فَلَمْ يُسْهِمْ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ» وَلِأَنَّ القِتَالَ لا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلا يَكُونُ

والكفاية، وكذلك الراجل على راجل آخر، فلم تعتبر تلك الزيادة لتعذر الوقوف؛ لأن تلك إنما تظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفَّين، وكل منهم مشغول بشأنه في ذلك الوقت فيتعذر الوقوف عليه، فأدير حكم زيادة الغناء على السبب الظاهر، وهو مجرَّد كونه فارساً وكونه راجلاً.

وذكر في «الأسرار»: والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء؛ إذ بعضهم لا بد أن يكون أغنى من بعض، والشاكي في السلاح أغنى من الأعزل[1]، يعني: مع أن كل واحدٍ منهما فارس، فلم يفضل أحد منهما على الآخر بزيادة الغناء، فعُلم أن الحكم متعلق بالسبب الظاهر، لا بزيادة الغناء التي لا توقف عليها.

قوله: فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفْضِيًا إِلَى القِتَالِ عَلَيْهِمَا، أي: فلا يكون مجاوزة الدرب بفرسين مفضياً إلى القتال على فرسين، فلم يعتبر الفرس الآخر لذلك.

وقال في «الأسرار»: فالمبدأ معتبر على مآل الأمر من القتال، فإن الإرهاب إنما يحصل لخوفهم عاقبةَ أمرهم من القتال معهم على الأفراس، والقتال لا يتصور إلا على فرس واحد، فإذا علم ذلك حقيقةً لم تقع زيادة إرهاب بزيادة الفرس.

---

(١) في هامش نسخة عاطف أفندي (عط)، وحالت أفندي (حط): رجل شاكي السلاح: إذا كان ذا شكوة وحدٌّ في سلاحه، وهو مقلوب من شايك، والأعزل: بالعين المهملة والزاء المعجمة الذي لا سلاح له.

السَّبَبُ الظَّاهِرُ مُفْضِيًا إِلَى القِتَالِ عَلَيْهِمَا فَيُسْهِمُ لِوَاحِدٍ، وَلِهَذَا لا يُسْهِمُ لِثَلاثَةِ أَفْرَاسٍ، وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ كَمَا أَعْطَى سَلَمَةَ بْنَ الأَكْوَعِ سَهْمَيْنِ وَهُوَ رَاجِلٌ.

(وَالبَرَاذِينُ وَالعَتَاقُ سَوَاءٌ) لِأَنَّ الإِرْهَابَ مُضَافٌ إِلَى جِنْسِ الخَيْلِ فِي الكِتَابِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿وَمِنْ رِّبَاطِ الخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] وَاسْمُ الخَيْلِ يَنْطَلِقُ عَلَى البَرَاذِينِ وَالعِرَابِ وَالهَجِينِ وَالمَقْرِفِ إِطْلَاقًا وَاحِدًا، وَلِأَنَّ العَرَبِيَّ إِنْ كَانَ فِي الطَّلَبِ وَالهَرَبِ أَقْوَى فَالبِرْذَوْنُ أَصْبَرُ وَأَلْيَنُ عَطْفًا، فَفِي كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْفَعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ فَاسْتَوَيَا.

(وَمَنْ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ فَارِسًا فَنَفَقَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَ الفُرْسَانِ، وَمَنْ دَخَلَ رَاجِلًا

قوله: كَمَا أَعْطَى سَلَمَةَ بْنَ الأَكْوَعِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ سَهْمَيْنِ وَهُوَ رَاجِلٌ؛ لأنه أعطاه أحد السهمين على سبيل التنفيل لجده في القتال، فإنه قال: خير رجالتنا سلمة بن الأكوع، وخير فرساننا أبو قتادة رضي الله عنهما، وهذه المسألة نظير ما بيَّنا في النكاح أن المرأة لا تستحق النفقة إلا لخادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: تستحق النفقة لخادمين، كذا في «المبسوط».

قوله: وَالبَرَاذِينُ وَالعَتَاقُ، البرذون: فرس العجم، والجمع: البراذين، وخلافها العراب، يقال: فرس عتيق، أي: رائع، والجمع: العتاق، ويقال: عتاق الطير والخيل كرائمها، والهجين: ما يكون أبوه من الكَوادِن، وأمه من العربي، والمُقرَفُ ما يكون أبوه عربيًّا وأمه من الكوادِن، فالكودن: البرذون، يوكف ويشبه به البليد.

ثم **قوله**: وَالبَرَاذِينُ وَالعَتَاقُ سَوَاءٌ، إنما ذكر هذا لأن أهل الشام يقولون: لا سهم للبراذين، ورووا فيه حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلَّم شاذًّا، وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب، كذا في «المبسوط» وغيره.

ورُوي **قوله**: وَأَلْيَنُ عَطْفًا، بفتح العين وكسرها، فمعنى الفتح: الإمالة، ومعنى الكسر: الجانب.

فَاشْتَرَى فَرَسًا اسْتَحَقَّ سَهْمَ رَاجِلٍ) وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ عَلَى عَكْسِهِ فِي الفَصْلَيْنِ، وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ المُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ، وَالحَاصِلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ عِنْدَنَا حَالَةُ المُجَاوَزَةِ، وَعِنْدَهُ حَالَةُ انْقِضَاءِ الحَرْبِ، لَهُ أَنَّ السَّبَبَ هُوَ القَهْرُ وَالقِتَالُ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ

قوله: وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ المُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِي الفَصْلِ الثَّانِي، وهو ما إذا دخل دار الحرب راجلًا ثم اشترى فرسًا وقاتل فارسًا، روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أن له سهم فارس، وفي ظاهر الرواية: لا يستحق سهم الفرسان، كذا في «المحيط».

فعلى هذا كان **قوله:** وَهَكَذَا، معطوفًا على **قوله:** وَجَوَابُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

قوله: أَنَّ المُعْتَبَرَ عِنْدَنَا حَالَةُ المُجَاوَزَةِ، أي: مجاوزة الدرب، وبه صرح في «المبسوط»، ولكن لمَّا كثر لفظ مجاوزة الدرب في استعمال أهل النظر خففوه[1] بحذف المضاف إليه اكتفاءً بالشهرة، وسبق أفهام السامعين إليه.

ثم تفسير الدرب: قال الخليل: الدرب الباب الواسع على رأس السكة، وعلى كل مدخل من مداخل الرُّوم دربٌ من دروبها، كذا في «المغرب»، لكن المراد من الدرب هاهُنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين، أي: دار الإسلام ودار الحرب، حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب، ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدِّ دار الإسلام.

قوله: وَعِنْدَهُ حَالَةُ انْقِضَاءِ الحَرْبِ، وهو تمام الحرب، وهذا روايةٌ عن الشافعي، والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرَّد شهود الوقعة.

قوله: لَهُ أَنَّ السَّبَبَ، أي: سبب استحقاق الغنيمة هو الأخذ، وإذا كان عند الأخذ راجلًا يستحق سهم الرجالة.

قوله: فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ عِنْدَهُ، أي: فيعتبر حال الغازي عند القتال.

(١) هكذا في أكثر النُّسخ، وهو الصحيح، وفي بعض النُّسخ (حقَّقوه) وهو تصحيفٌ.

وَالمُجَاوَزَةُ وَسِيلَةٌ إِلَى السَّبَبِ كَالخُرُوجِ مِنَ البَيْتِ، وَتَعْلِيقِ الأَحْكَامِ بِالقِتَالِ يَدُلُّ عَلَى إِمْكَانِ الوُقُوفِ عَلَيْهِ، وَلَوْ تَعَذَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ تَعَلَّقَ بِشُهُودِ الوَقْعَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى القِتَالِ، وَلَنَا أَنَّ المُجَاوَزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ لِأَنَّهُ يَلْحَقُهُمُ الخَوْفُ بِهَا وَالحَالُ بَعْدَهَا

قوله: كَالخُرُوجِ مِنَ البَيْتِ، أي: الخروج من البيت للقتال وسيلة إلى السبب كالمجاوزة، ثم عند تلك الوسيلة وهي الخروج لأجل القتال لا يعتبر حال الغازي من كونه فارساً وراجلًا، فكذا في هذه الوسيلة.

قوله: وَتَعْلِيقِ الأَحْكَامِ بِالقِتَالِ، إلى آخره، هذا جواب عن قولنا الذي نقوله في تعليلنا بقولنا: وَلِأَنَّ الوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَالِ مُتَعَسِّرٌ، إلى آخره، فقال: فلو كان وقوف حال الغازي متعسرًا وقت شهود الوقعة، لما تعلقت الأحكام بوجود القتال في تلك الحالة، ومن الأحكام هي أن الصبي إذا قاتل يرضخ له، وإن لم يقاتل لا يرضخ، وكذا المرأة، والعبد، والذمي، فعُلم بهذا أن القتال في تلك الحالة ممَّا يمكن الوقوف عليه، هذا الجواب منه على طريق المنع لوجود التعسر.

وقوله: وَلَوْ تَعَذَّرَ أَوْ تَعَسَّرَ، إلى آخره، هذا جواب منه على طريق التسليم بأن الوقوف متعسر على حقيقة القتال في تلك الحالة فقال: فلمَّا تعسر وجب أن تعلق حكم كونه فارساً أو راجلًا بحالة هي أقربُ إلى القتال، وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب.

قوله: وَلَنَا أَنَّ المُجَاوَزَةَ نَفْسَهَا قِتَالٌ؛ وهذا لأن القتال اسم لفعل يقع به غيظ العدو، والخوف، ودخول دارهم عن شوكة، وقوة سبب لإرهابهم، وغيظهم، وقهرهم، قال الله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]، وقال تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ﴾ [التوبة: ١٢٠]، فثبت أن المجاوزة قتال، فمتى وجد أصل القتال فارساً لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك؛ لأن ذلك حالة دوام القتال، والمنظور إليه أصل القتال لا دوامه؛ لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوامه؛ لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارساً دائماً؛ لأنه لا بدَّ له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصاً في المَشْجرة،

حَالَةُ الدَّوَامِ وَلا مُعْتَبَرَ بِهَا؛ وَلِأَنَّ الوُقُوفَ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَالِ مُتَعَسِّرٌ، وَكَذَا عَلَى شُهُودِ الوَقْعَةِ لِأَنَّهُ حَالُ التِقَاءِ الصَّفَّيْنِ فَتُقَامُ المُجَاوَزَةُ مَقَامَهُ، إِذْ هُوَ السَّبَبُ المُفْضِي إِلَيْهِ ظَاهِرًا إِذَا كَانَ عَلَى قَصْدِ القِتَالِ فَيُعْتَبَرُ حَالُ الشَّخْصِ بِحَالَةِ المُجَاوَزَةِ فَارِسًا كَانَ أَوْ رَاجِلًا.

وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا وَقَاتَلَ رَاجِلًا لِضِيقِ المَكَانِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَوْ دَخَلَ فَارِسًا ثُمَّ بَاعَ فَرَسَهُ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَجَّرَ أَوْ رَهَنَ فَفِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الفُرْسَانِ اعْتِبَارًا لِلْمُجَاوَزَةِ، وَفِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَسْتَحِقُّ سَهْمَ الرَّجَّالَةِ لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَصْدِهِ بِالمُجَاوَزَةِ القِتَالُ فَارِسًا، وَلَوْ بَاعَهُ بَعْدَ الفَرَاغِ لَمْ يَسْقُطْ سَهْمُ الفُرْسَانِ، وَكَذَا إِذَا

أو في الحصن، أو في البحر، كذا في «مبسوط فخر الإسلام».

ثم ما ذكر من تعليق الأحكام قلنا ذلك في حكم الرضخ، والرضخ ليس نظير السهم، ألا ترى أنه غير مقدر بشيء، فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلا مُعْتَبَرَ بِهَا، أي: بحالة الدوام بالإجماع، فإنه يعتبر الشهود فحسبُ.

وذكر في «الأسرار» في تعليل الشافعي: إلا أنا لم نشترط قيام الفرس حال القتال والوغي؛ لأن فعل القتال بعد الشهود ليس بشرط، ولو تركه استحق السهم، أي: بمجرَّد شهود الوقعة، وكذا إذا فات بفوت الفرس، فأمَّا قبل الشهود لو ترك القتال، ولم يشهد المعركة لم يستحق السهم، فكذلك إذا فات بفوت الفرس قبل الشهود.

قوله: لَمْ يَسْقُطْ سَهْمُ الفُرْسَانِ، أي: بالإجماع.

وذكر في «المحيط»: ومن جاوز الدرب بفرس لا يستطيع القتال عليه، إمَّا لكبر ذلك الفرس أو لصغره بأن كان مهرًا لم يركب عليه، لا يستحق سهم الفرسان، وإن كان مريضًا

بَاعَ فِي حَالَةِ القِتَالِ عِنْدَ البَعْضِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَسْقُطُ لِأَنَّ البَيْعَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَرَضَهُ التِّجَارَةُ فِيهِ إِلَّا أَنَّهُ يَنْتَظِرُ عِزَّتَهُ.

(وَلا يُسْهِمُ لِمَمْلُوكٍ وَلا امْرَأَةٍ وَلا صَبِيٍّ وَلا ذِمِّيٍّ وَلَكِنْ يَرْضَخُ لَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى الإِمَامُ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ -كَانَ لا يُسْهِمُ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ وَالعَبِيدِ وَكَانَ يَرْضَخُ لَهُمْ» وَلَمَّا اسْتَعَانَ - عَلَيْهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ - بِاليَهُودِ عَلَى اليَهُودِ لَمْ يُعْطِهِمْ شَيْئًا مِّنَ الغَنِيمَةِ، يَعْنِي أَنَّهُ لَمْ يُسْهِمْ لَهُمْ، وَلِأَنَّ الجِهَادَ عِبَادَةٌ، وَالذِّمِّيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ العِبَادَةِ، وَالصَّبِيُّ وَالمَرْأَةُ عَاجِزَانِ عَنْهُ وَلِهَذَا لَمْ يَلْحَقْهُمَا فَرْضُهُ، وَالعَبْدُ لا يُمَكِنُهُ المَوْلَى وَلَهُ مَنْعُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُمْ تَحْرِيضًا عَلَى القِتَالِ مَعَ إِظْهَارِ انْحِطَاطِ رُتْبَتِهِمْ، وَالمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ العَبْدِ لِقِيَامِ الرِّقِّ وَتَوَهُّمِ عَجْزِهِ فَيَمْنَعُهُ المَوْلَى عَنِ الخُرُوجِ إِلَى القِتَالِ، ثُمَّ العَبْدُ إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ لِأَنَّهُ دَخَلَ لِخِدْمَةِ المَوْلَى فَصَارَ كَالتَّاجِرِ، وَالمَرْأَةُ يَرْضَخُ لَهَا إِذَا كَانَتْ تُدَاوِي الجَرْحَى، وَتَقُومُ عَلَى المَرْضَى لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ القِتَالِ فَيُقَامُ هَذَا النَّوْعُ مِنَ الإِعَانَةِ مَقَامَ القِتَالِ،

فهو على التفصيل المذكور فيه.

قوله: وَتَوَهُّمِ عَجْزِهِ، أي: يحتمل أن المكاتب يعجز عن أداء بدل الكتابة فيعود إلى الرق، فحينئذٍ يكون للمولى ولاية المنع، فيمنع في الحال لوجود التوهم.

قوله: لِأَنَّهَا عَاجِزَةٌ عَنْ حَقِيقَةِ القِتَالِ، فإن قيل: كيف تكون عاجزة عنه مع أنه يصح أمانها، والأمان إنما يصح ممن يخاف عنه القتال لقدرته على القتال.

قلنا: في لفظ الكتاب جواب عن هذا، فإنَّها عاجزةٌ عن حقيقة القتال، وليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها، والأمان إنَّما يثبت بالشبهة فيثبت أمانها لذلك، وأمَّا استحقاق السهم من الغنيمة فمتوقف على القدرة على حقيقة القتال أصالة، وهي عاجزة

بِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى حَقِيقَةِ القِتَالِ، وَالذِّمِّيُّ إِنَّمَا يَرْضَخُ لَهُ إِذَا قَاتَلَ أَوْ دَلَّ عَلَى الطَّرِيقِ، وَلَمْ يُقَاتِلْ لِأَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً لِلْمُسْلِمِينَ، إِلَّا أَنَّهُ يُزَادُ عَلَى السَّهْمِ فِي الدَّلَالَةِ إِذَا كَانَتْ فِيهِ مَنْفَعَةٌ عَظِيمَةٌ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمَ إِذَا قَاتَلَ؛ لِأَنَّهُ جِهَادٌ، وَالأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ وَلَا يُسَوَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُسْلِمِ فِي حُكْمِ الجِهَادِ.

(وَأَمَّا الخُمُسُ فَيُقَسَّمُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ: سَهْمٌ لِلْيَتَامَى وَسَهْمٌ لِلْمَسَاكِينِ وَسَهْمٌ لِابْنِ السَّبِيلِ يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُرْبَى فِيهِمْ وَيُقَدَّمُونَ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى أَغْنِيَائِهِمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ

عنها، فلا تستحق السهم لذلك.

قوله: وَلَا يَبْلُغُ بِهِ السَّهْمَ، أي: لا يبلغ برضخه سهم المسلم، **وقوله:** السَّهْمَ، بالرفع؛ لأنك تقول: بلغ بعطائك خمس مائة، برفع خمس مائة لا بالنصب؛ إذ لو نصبت خرجت من كلام العرب، والأصل أن المفعول به المتعدَّى إليه بغير حرف فضلًا على سائر المفاعيل في إسناد الفعل إليه.

قوله: وَالأَوَّلُ لَيْسَ مِنْ عَمَلِهِ، أي: الدلالة ليست من عمل الجهاد، ولمَّا كان كذلك كانت الدلالة عملًا كسائر الأعمال، فيبلغ أجره بالغًا ما بلغ.

قوله: يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُرْبَى فِيهِمْ، أي: في هذه الأصناف الثلاثة ومعنى هذا القول: أي: أيتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى، ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين، وأبناء السبيل من ذوي القربى يدخلون في سهم ابن السبيل، وسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج، غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم، والمسكنة، وكونه ابن السبيل، كذا قال الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله.

ثم هذه الثلاثة مصارف الخمس على قولنا لا على سبيل الاستحقاق، حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات، كذا في «التحفة».

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُمْ خُمُسُ الخُمُسِ، وحاصله أن الغنيمة إذا قسمت

رَحِمَهُ اللهُ: لَهُمْ خُمُسُ الخُمُسِ يَسْتَوِي فِيهِ غَنِيُّهُمْ وَفَقِيرُهُمْ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ، وَيَكُونُ لِبَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ دُونَ غَيْرِهِمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي القُرْبَى﴾ [الأنفال: ٤١] مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ، وَلَنَا أَنَّ الخُلَفَاءَ الأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَّمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ عَلَى نَحْوِ مَا قُلْنَاهُ وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةً، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «يَا مَعْشَرَ بَنِي هَاشِمٍ إِنَّ اللهَ تَعَالَى كَرِهَ

أفرز أوّلًا الخمس على ما قال الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، واختلفوا في الخمس كيف يقسم؟ قال علماؤنا رحمهم الله: على ثلاثة أسهم: لليتامى، والمساكين، وأبناء السبيل، وقال الشافعي: على خمسة أسهم: سهم للإمام يصرفه إلى مصالح الدين على ما يرى، وسهم لذوي القربى، ثم الثلاثة؛ لأن الله تعالى قسمها على خمسة أسهم في قوله: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾ الآية، إلا أن سهم الله وسهم رسوله واحد، والله تعالى ذكر تبركًا به، كذا جاء في التفسير، فما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم كان بحق الإمامة للأمة، فاستحقها من خلفه في الإمامة، وقال صلى الله عليه وسلم: «يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس فحرَّم عليكم الصدقة، وعوّضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة»، فبيَّن أن سهم ذوي القربى ثابت، وأنه خمس الخمس، وإنَّما يكون كذلك إذا قسم على خمسة أسهم، كذا في «الأسرار».

قوله: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِذِي القُرْبَى﴾ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ الغَنِيِّ وَالفَقِيرِ، فإن قلتَ: كما أن الله تعالى لم يفصل بين الغني والفقير في ذوي القربى، فكذلك لم يفصل في ذكر اليتامى بين الغني والفقير، فبالاتفاق يشترط الفقر في اليتامى في استحقاق الخمس، فيجب أن يكون في ذوي القربى كذلك؟

قلتُ: فرَّق الشافعي بينهما وقال: فاسم اليتم ما ينبيء عن الحاجة، حتى لو أوصى ليتامى بني فلان وهم لا يحصون، فالوصية لفقرائهم، بخلاف ما إذا أوصى لأقرباء فلان، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلَّم يعطي الأغنياء منهم، فإنه أعطى العباس وقد كان له

لَكُمْ غُسَالَةَ النَّاسِ وَأَوْسَاخَهُمْ وَعَوَّضَكُمْ مِنْهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ»، وَالعِوَضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُمُ الفُقَرَاءُ، وَالنَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - عَلَّلَ فَقَالَ: «إِنَّهُمْ

عشرون عبدًا، كل عبد يتجر في عشرين ألف.

قوله: «وَعَوَّضَكُمْ مِنْهَا بِخُمُسِ الخُمُسِ»، وَالعِوَضُ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ يَثْبُتُ فِي حَقِّهِ المُعَوَّضُ وَهُمُ الفُقَرَاءُ، يعني: أن المعوض وهو الزكاة لا يجوز في حق الأغنياء، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو الخمس من الغنائم، أي: لا يجوز على الأغنياء من ذوي القربى؛ لأن العوض إنَّما يثبت في حق من فات عنه المعوض، وإلا لا يكون عوضاً لذلك المعوض.

فإن قيل: إنَّكم ما عملتم بموجب هذا الحديث، حيث لم تجعلوا الخمس على خمسة أسهم، بل جعلتم على ثلاثة أسهم، فكيف تتمسكون بهذا الحديث؟

قلنا: للحديث دلالتان:

إحداهما: إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوّض على ما ذكرنا.

والثانية: جعله على خمسة أسهم، ولكن قام الدليل لنا على انعدام حكم جعل الخمس على خمسة أسهم، وهو فعل الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم على ثلاثة أسهم، ولم يقم الدليل على تغير العوض ممَّن مات في حقه المعوض فقلنا به.

ونظير هذا ما تمسَّك به الخصم في تكرار صلاة الجنازة بحديث أن النبي صلى الله عليه وسلَّم صلَّى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاةً، وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد، ولكن يقول: للحديث دلالتان، فإحداهما باقية وإن انتسخت الأخرى، فعُلِم بهذا أن الخصم عمل هناك بمثل ما عملنا هاهُنا.

فإن قيل: لا نسخَ بعد رسول الله صلى الله عليه وسلَّم.

قلنا: نعم كذلك، ولكن لا بقاء للحكم بعد ذهاب العلة، فإن نصرة النبي صلى الله عليه وسلَّم أينما ذهب كانت فرضاً حال حياته، وسقطت بعده لذهاب العلة، وهو رسول الله

لَنْ يَزَالُوا مَعِيَ هَكَذَا فِي الجَاهِلِيَّةِ وَالإِسْلَامِ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ» دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّصرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لا قُرْبُ القَرَابَةِ.

قَالَ: (فَأَمَّا ذِكْرُ اللهِ تَعَالَى فِي الخُمُسِ فَإِنَّهُ لِافْتِتَاحِ الكَلَامِ تَبَرُّكًا بِاسْمِهِ، وَسَهْمُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - سَقَطَ بِمَوْتِهِ كَمَا سَقَطَ الصَّفِيُّ) لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ وَلَا رَسُولَ بَعْدَهُ وَالصَّفِيُّ شَيْءٌ كَانَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ

صلى الله عليه وسلَّم، كذا في «الأسرار».

قوله: وَشَبَّكَ، الشبك: الخلط والتداخل، ومنه تشبيك الأصابع، كذا في «الصحاح».

قوله: دَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّصرِ قُرْبُ النُّصْرَةِ لا قُرْبُ القَرَابَةِ، وبهذا التقرير يندفع سؤال من سأل بأن قال: قال الله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١]، رتَّب الاستحقاق على لفظ مشتق، فكان موضع الاشتقاق وهو القرابة علة لذلك الحكم، كما في الزاني والسارق، ثم كل مال يستحق بالقرابة يقسم قسمة الميراث كالتركات، فحينئذٍ يشترك فيه الغني والفقير، فأجاب عنه بهذا وقال: نعم، إن الحكم مرتب على لفظ مشتق وهو ذو القربى، لكن المراد منه قرب النصرة لا قرب القرابة، بدليل تعليل النبي صلى الله عليه وسلَّم ذلك بقوله: إنهم لم يزالوا معي في الجاهلية والإسلام.

فإن قيل: الاستحقاق كان بالقرابة، ولكن بنو المطلب حرموا بسبب خذلانهم رسول الله صلى الله عليه وسلَّم في الجاهلية، ويجوز أن يتعلق الحرمان بالخذلان، كما أن صلة الإرث تحرم بالقتل الذي هو جناية في حق المورث.

قلنا: لو كان علة الاستحقاق القرابة لما شارك غير القريب القريب بالاشتباك على وجه المساواة في الاستحقاق، ألا ترى أن الحليف مع القريب لا يتساويان في استحقاق الإرث.

فإن قيل: لا يجوز أن يكون الحكم بغير النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري، وهم ليسوا بأهل النصرة.

وَالسَّلَامُ - يَصْطَفِيهِ لِنَفْسِهِ مِنَ الغَنِيمَةِ مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُصْرَفُ سَهْمُ الرَّسُولِ إِلَى الخَلِيفَةِ، وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ (وَسَهْمُ ذَوِي القُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالنُّصْرَةِ) لِمَا رَوَيْنَا. قَالَ: (وَبَعْدَهُ بِالفَقْرِ) قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ تَعَالَى: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: سَهْمُ الفَقِيرِ مِنْهُمْ سَاقِطٌ أَيْضًا لِمَا رَوَيْنَا مِنَ الإِجْمَاعِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الصَّدَقَةِ نَظَرًا إِلَى المَصْرِفِ فَيُحَرِّمُهُ كَمَا حَرَّمَ

قلنا: ما كانت هذه نصرة قتال، وإنما كان هذا نصرة اجتماع، ومثل هذا يكون من النساء والولدان، على أن النساء والذراري تبع للرجال، ألا ترى أن أهل الذمة صاروا كالمسلمين في أحكام الدنيا ببذل الجزية، ويثبت الحكم للنساء والذراري تبعاً لهم، مع أنه لا جزية عليهم، إلى هذا أشار في «الأسرار».

قوله: مِثْلَ دِرْعٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ جَارِيَةٍ، كما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلَّم اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر، واصطفى صفيَّة من غنائم خيبر، وسقط ذلك بوفاته صلى الله عليه وسلَّم بالإجماع.

قوله: وَالحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا قَدَّمْنَاهُ، وهو **قوله:** لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يَسْتَحِقُّهُ بِرِسَالَتِهِ، إلي آخره.

قوله: بِالنُّصْرَةِ؛ لِمَا رَوَيْنَا، أراد به **قوله:** وَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَعْطَاهُمْ لِلنُّصْرَةِ، إلى آخره.

قوله: قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ تَعَالَى: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وهو **قوله:** يَدْخُلُ فُقَرَاءُ ذَوِي القُرْبَى فِيهِمْ.

وقوله: لِمَا رَوَيْنَا مِنَ الإِجْمَاعِ، إشارة إلى **قوله:** وَلَنَا أَنَّ الخُلَفَاءَ الأَرْبَعَةَ الرَّاشِدِينَ

العُمَالَةَ، وَجْهُ الأَوَّلِ وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ مَا رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَعْطَى

رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَّمُوهُ عَلَى ثَلَاثَةٍ.

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ، وهو قول الكرخي رحمه الله.

قوله: وَقِيلَ هُوَ الأَصَحُّ، وإنما لم يقل: وهو الأصح؛ لأن في «المبسوط» اختار قول أبي بكر الرازي على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فكان تصحيح قول الكرخي قولًا قيل فيه، لا قولًا متفقًا على صحته.

وذكر في «المبسوط»: فأمَّا سهم ذوي القربى فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلَّم يصرفه إليهم في حياته، وهم صلبية بني هاشم وبني المطلب، ولم يبق لهم ذلك بعده عندنا، وقال الشافعي: هو مستحق لهم، يجمعون من أقطار الأرض فيقسم بين ذكورهم وإناثهم بالتسوية، وكان الكرخي رحمه الله يقول: إنما يسقط بموته هذا السهم في حق الأغنياء منهم جميعًا دون الفقراء، والطحاوي كان يقول: سقط في حق الفقراء والأغنياء منهم جميعًا، وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: لم يكن لهم هذا السهم مستحقًّا بالقرابة، بل كان لرسول الله صلى الله عليه وسلَّم يصرفه إليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم، ولم يبق ذلك المعنى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلَّم، قال: والاعتماد على هذا.

ثم قال: ومن مشايخنا من قال: إن الاستحقاق للفقراء منهم دون الأغنياء، استدل بقوله تعالى: ﴿كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ﴾ [الحشر: ٧]، فبين مصارف الخمس، ثم بين المعنى فيه وهو أن لا يكون شيء منه دولة بين الأغنياء تتداوله أيديهم، وأسهم ذوي القربى عام يتناول الأغنياء والفقراء، فنخصه فنحمله على الفقراء بهذا الدليل، ومن قال: لا حق للفقراء والأغنياء منهما جميعًا قال: المراد بالآية بيان جواز الصرف إليهم، لا بيان وجوب الصرف إليهم، وكان هذا مشكلًا، فإن الصدقة لا تحل لهم، فكان يشكل أنه هل يجوز صرف شيئًا من الخمس إليهم؟ ولم يزل هذا الإشكال ببيان سهم رسول الله صلى الله عليه وسلَّم؛ لأنه ما كان يصرف ما كان يأخذ إلى حاجة نفسه، فأزال الله تعالى هذا الإشكال بقوله: ﴿وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١]، وإنما حملنا على هذا لإجماع الخلفاء الراشدين رضي الله

الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ، وَالإِجْمَاعُ انْعَقَدَ عَلَى سُقُوطِ حَقِّ الأَغْنِيَاءِ، أَمَّا فُقَرَاؤُهُمْ فَيَدْخُلُونَ فِي الأَصْنَافِ الثَّلاثَةِ.

(وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الاِثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الإِمَامِ فَأَخَذُوا شَيْئًا لَمْ يُخَمَّسْ) لِأَنَّ الغَنِيمَةَ هُوَ المَأْخُوذُ قَهْرًا وَغَلَبَةً لا اخْتِلَاسًا وَسَرِقَةً، وَالخُمُسُ وَظِيفَتُهَا، وَلَوْ دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الاِثْنَانِ بِإِذْنِ الإِمَامِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالمَشْهُورُ أَنَّهُ

عنهم على قسمة الخمس على ثلاثة أسهم، ولا يظن بهم أنه خفي عليهم هذا النص، ولا أنَّهم منعوا حق ذوي القربى، فعرفنا بإجماعهم أنه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم.

والشافعي رحمه الله يقول: لا إجماع، ويستدل بالحديث الذي ذكر عن أبي جعفر محمد بن علي قال: كان رأي علي رضي الله عنه في الخمس رأي أهل بيته، ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضي الله عنهما، قال: والإجماع بدون أهل البيت لا ينعقد.

ولكنا نقول: ليس في هذا الحديث بيان من كان يرى ذلك من أهل البيت، وقد كان فيهم من لا يكون قوله حجة، وإنَّما كره على هذه المخالفة؛ لأنه رأى الحجة معهما، فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده؛ وهذا لأنه كان مجتهدًا، ولا يحل للمجتهد أن يدع رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاماً له.

ثم وجدتُّ بخط شيخي رحمه الله في تحقيق قولنا: وَسَهْمُ ذَوِي القُرْبَى كَانُوا يَسْتَحِقُّونَهُ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالنُّصْرَةِ، أن النبي صلى الله عليه وسلَّم أعطى بني المطلب وحرم بني أمية، وهم إليه أقرب؛ لأن أمية أخو هاشم لأبيه وأمه، والمطلب أخوه لأبيه، ولو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو أمية أولى.

قوله: فِي الأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ، أي: في اليتامى، والمساكين، وأبناء السبيل.

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الوَاحِدُ أَوِ الاِثْنَانِ دَارَ الحَرْبِ مُغِيرَيْنِ، فلفظ مُغِيرِيْنَ، على لفظ الجمع بدليل **قوله**: فَأَخَذُوا، فكان هذا نظير قوله تعالى: ﴿إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ

يُخَمَّسُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَذِنَ لَهُمُ الإِمَامُ فَقَدِ التَزَمَ نُصْرَتَهُمْ بِالإِمْدَادِ فَصَارَ كَالمَنَعَةِ (فَإِنْ دَخَلَتْ جَمَاعَةٌ لَهَا مَنَعَةٌ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمِّسَ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُمُ الإِمَامُ)؛ لِأَنَّهُ مَأْخُوذٌ قَهْرًا وَغَلَبَةً فَكَانَ غَنِيمَةً، وَلِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الإِمَامِ أَنْ يَنْصُرَهُمْ إِذْ لَوْ خَذَلَهُمْ كَانَ فِيهِ وَهْنُ المُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الوَاحِدِ وَالِاثْنَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لا يَجِبُ عَلَيْهِ نُصْرَتُهُمْ.

بِهِمَا﴾ [النساء: ١٣٥]، في رد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه جميعاً في كلمة أو، وإن كانت هي تقتضي أحد الشيئين.

قوله: إِذْ لَوْ خَذَلَهُمْ كَانَ فِيهِ وَهْنُ المُسْلِمِينَ، يقال: خذله خذلًا وخذلانا، أي: ترك عونه ونصرته من حد نصر، والله تعالى أعلم.

❊ ❊ ❊

(فَصْلٌ فِي التَّنْفِيلِ)

قَالَ: (وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنَفِّلَ الإِمَامُ فِي حَالِ القِتَالِ وَيُحَرِّضَ بِهِ عَلَى القِتَالِ فَيَقُولُ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ، وَيَقُولُ لِلسَّرِيَّةِ: قَدْ جَعَلْتُ لَكُمُ الرُّبُعَ بَعْدَ الخُمُسِ) مَعْنَاهُ بَعْدَمَا

فصلٌ في التنفيل

التنفيل نوع من أنواع قسمة الغنائم، فلذلك ألحقه بها، يقال: نفل الإمام الغازي، أي: أعطاه زائدًا على سهمه **بقوله:** مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ.

وذكر في «السير الكبير»: النفل في أصل الوضع الغنيمة، ومنه قول القائل، شعر:

إنَّ تَقْوى رَبِّنا خيرُ نَفل

وقال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِۖ﴾ [الأنفال: ١]، أي: الغنائم.

قوله: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُنَفِّلَ الإِمَامُ، إلى آخره، فبهذا اللفظ يعلم أن ما قال البعض: وكلمة (لا بأس) لنفي الشدة، واستعمالها إنما يكون فيما كان تركه أولى ليس بمجرًى على عمومه، بل قد تستعمل هي في موضع كان الإتيان به مستحبًّا؛ لأن التنفيل قبل إحراز الغنيمة مستحب.

وذكر في «المبسوط»: ويستحب للإمام أن ينفل قبل الإصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ﴾ [الأنفال: ٦٥].

وقوله: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا، فيه تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه، فكان هذا نظير قوله: تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعْصِرُ خَمْرًاۖ﴾

رَفَعَ الخُمُسَ لِأَنَّ التَّحْرِيضَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ المُؤْمِنِينَ عَلَى القِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥] وَهَذَا نَوْعُ تَحْرِيضٍ، ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنَفِّلَ بِكُلِّ المَأْخُوذِ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ

[يوسف: ٣٦]؛ لأن قتل المقتول لا يتصور، فكان معناه: من قتل رجلًا يؤول أمره إلى القتل، والفاء في: فَيَقُولُ، للتفسير.

قوله: قَالَ اللهُ تَعَالَى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ المُؤْمِنِينَ عَلَى القِتَالِ﴾، فإن قيل: لِمَ لم يكن التحريض واجبًا مع وجود الأمر، ومطلقه منصرف إلى الوجوب؟

قلنا: في التنفيل ترجيح بعض الغازي مع توهين بعض الغازي الآخر، فتوهين المسلم حرام خصوصًا في مثل هذا الوقت؛ ولأن التحريض شيء مبهم، قد يكون بالتنفيل، وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة، فلو كان التحريض نفسه واجبًا لا يلزم أن يكون التحريض المعين بالتنفيل واجبًا.

قوله: ثُمَّ قَدْ يَكُونُ التَّنْفِيلُ بِمَا ذَكَرَ - وهو التنفيل بالسلب - وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِهِ، نحو الذهب والفضة.

وفي «الإيضاح»: ويجوز التنفيل في سائر الأموال من الذهب والفضة وغير ذلك، وكذلك يجوز في السلب وغير ذلك، نحو أن يقول الإمام: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ، أو من أصاب شيئًا فهو له، أو قال: ما أصبتم فلكم منه الربع أو النصف.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لا يَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يُنَفِّلَ بِكُلِّ المَأْخُوذِ، وذكر في «السير الكبير»: وإذا قال الإمام لأهل العسكر جميعًا: ما أصبتم فهو لكم نفلًا بالسوية بعد الخمس، فهذا لا يجوز؛ لأن المقصود من التنفيل التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل، وأمَّا إذا عمَّهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل، وإنما في هذا إبطال السهمان التي أوجبها رسول الله صلى الله عليه وسلَّم، وإبطال تفضيل الفارس على الراجل، وذلك لا يجوز، وكذلك إذا كان قال: ما أصبتم فلكم، ولم يقل: بعد الخمس، فهذا لا يجوز؛ لأن فيه إبطال

حَقِّ الكُلِّ، فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ إِلَيْهِ وَقَدْ تَكُونُ المَصْلَحَةُ فِيهِ (وَلَا يُنَفِّلُ بَعْدَ إِحْرَازِ الغَنِيمَةِ بِدَارِ الإِسْلَامِ) لِأَنَّ حَقَّ الغَيْرِ قَدْ تَأَكَّدَ فِيهِ بِالإِحْرَازِ. قَالَ: (إِلَّا مِنَ الخُمُسِ)؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَانِمِينَ فِي الخُمُسِ (وَإِذَا لَمْ يَجْعَلِ السَّلَبَ

الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة، وإبطالاً لحق ضعفاء المسلمين، وذلك لا يجوز، فقال صلى الله عليه وسلَّم: «وهل تنصرون وترزقون إلا بضعفائكم».

قوله: فَإِنْ فَعَلَهُ مَعَ السَّرِيَّةِ جَازَ، وفي «المبسوط»: فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل، ويَكْمنُون بالنهار، فالجيش هو الجمع العظيم الذي يجيش بعضهم في بعض، قال صلى الله عليه وسلَّم: «خير الأصحاب أربعة، وخير السرايا أربع مائة، وخير الجيوش أربعة آلاف»، وكان التنفيل للسرية تنفيلاً لبعض الجيش، فيجوز.

قوله: إِلَّا مِنَ الخُمُسِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْغَانِمِينَ فِي الخُمُسِ، فإن قلتَ: إن لم يكن فيه حق الغانمين، ولكن فيه حق الأصناف الثلاثة، فكان فيه إبطال لحقوق الأصناف الثلاثة، وإن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين، وذلك لا يجوز أيضاً على ما ذكرتَ من رواية «السير الكبير».

قلتُ: إنما جاز هذا باعتبار أن المنفَّل له جعل واحدًا من الأصناف الثلاثة، فلم يكن فيه حينئذٍ إبطال حق الأصناف الثلاثة؛ إذ يجوز صرف الخمس على أحد الأصناف الثلاثة على ما ذكرنا من رواية «التحفة»، وكذا أيضاً في «المبسوط».

والدليل على صحة هذا القول ما ذكره الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «السير الكبير»: لا بأس بأن يعطي الإمام الرجل المحتاج إذا أبلى، من الخمس ما يعينه ويجعله نفلاً له بعد الغنيمة؛ لأنه مأمور بصرف الخمس إلى المحتاجين وهذا محتاج، وإذا جاز صرفه إلى محتاج لم يقاتل، فلأَن يجوز صرفه إلى محتاج قاتل وأبلى بلاءً حسناً كان أوْلَى، وهو نظير من وجد ركازًا فرآه الإمام محتاجاً، وصرف الخُمس إليه فإن ذلك يجوز.

قلتُ: فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز التنفيل بالخمس للأغنياء، وبه صرح في «الذخيرة» فقال: ولا ينبغي للإمام أن يضع ذلك في الغني، ويجعل نفلاً له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق

لِلْقَاتِلِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الغَنِيمَةِ، وَالقَاتِلُ وَغَيْرُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُسْهِمَ لَهُ وَقَدْ قَتَلَهُ مُقْبِلًا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ نَصبُ شَرعٍ لِأَنَّهُ بَعَثَهُ لَهُ، وَلِأَنَّ القَاتِلَ مُقْبِلًا أَكْثَرَ غِنَاءً فَيَخْتَصُّ بِسَلَبِهِ إِظْهَارًا لِلتَّفَاوُتِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ، وَلَنَا أَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِقُوَّةِ الجَيْشِ فَيَكُونُ غَنِيمَةً فَيُقَسَّمُ الغَنَائِمَ كَمَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ، وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ «لَيْسَ لَك مِنْ سَلَبِ قَتِيلِكَ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِكَ» وَمَا رَوَاهُ يَحْتَمِلُ نَصبَ الشَّرْعِ وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ فَنَحْمِلُهُ عَلَى الثَّانِي

المحتاجين لا حق الأغنياء، فجعله للغني إبطال حق المحتاجين.

قوله: وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ، وحاصله أن القاتل لا يستحق السلب بالقتل عندنا من غير تنفيل الإمام.

وقال الشافعي: إذا قتله مقبلًا بين الصفين على وجه المبارزة استحق سلبه، احتج بقوله عليه الصلاة والسلام يوم بدر: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ»، ومثل هذا اللفظ في لسان صاحب الشرع لبيان السبب كقوله صلى الله عليه وسلَّم: «من بدَّل دينه فاقتلوه»، وظاهره لنصب الشرع، فإنه بعث لذلك.

قوله: وَمَا رَوَاهُ، وهو قوله صلى الله عليه وسلَّم: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ».

قوله: وَيَحْتَمِلُ التَّنْفِيلَ، وهو الظاهر؛ لأن مثل ذلك إنما يكون لنصب الشرع إذا قاله بالمدينة في مسجده، ولم ينقل أنه قال ذلك إلا يوم بدر عند القتال للحاجة إلى التحريض، وقد كانوا أذلَّة حيث قال: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [التوبة: ٢٥] حين ولَّوا منهزمين للحاجة إلى التحريض، وكما أن رسول الله صلى الله عليه وسلَّم قال ذلك يوم بدر قال أيضًا: «من أخذ أسيرًا فهو له»، ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب، كذا في «المبسوط».

قوله: فَنَحْمِلُهُ عَلَى الثَّانِي، أي: فيحمل ما رواه على التنفيل.

لِمَا رَوَيْنَاهُ، وَزِيَادَةُ الغِنَاءِ لا تُعْتَبَرُ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ كَمَا ذَكَرْنَاهُ.

(وَالسَّلَبُ مَا عَلَى المَقْتُولِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلاحِهِ وَمَرْكَبِهِ، وَكَذَا مَا كَانَ عَلَى مَرْكَبِهِ مِنَ السَّرْجِ وَالآلَةِ، وَكَذَا مَا مَعَهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِنْ مَالِهِ فِي حَقِيبَتِهِ أَوْ عَلَى وَسَطِهِ وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَلَيْسَ بِسَلَبٍ) وَمَا كَانَ مَعَ غُلَامِهِ عَلَى دَابَّةٍ أُخْرَى فَلَيْسَ بِسَلَبِهِ، ثُمَّ حُكْمُ التَّنْفِيلِ قَطَعَ حَقَّ البَاقِينَ، فَأَمَّا المِلْكُ فَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ الإِحْرَازِ بِدَارِ الإِسْلَامِ لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، حَتَّى لَوْ قَالَ الإِمَامُ مَنْ أَصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ فَأَصَابَهَا مُسْلِمٌ وَاسْتَبْرَأَهَا لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْؤُهَا، وَكَذَا لا يَبِيعُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَهُ أَنْ يَطَأَهَا وَيَبِيعَهَا، لِأَنَّ التَّنْفِيلَ يَثْبُتُ بِهِ المِلْكُ عِنْدَهُ كَمَا يَثْبُتُ بِالقِسْمَةِ فِي دَارِ الحَرْبِ وَبِالشِّرَاءِ مِنَ الحَرْبِيِّ، وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالإِتْلَافِ قَدْ قِيلَ

قوله: لِمَا رَوَيْنَاهُ، وهو قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِحَبِيبِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ «لَيْسَ لَكَ» الحديث؛ إذ لو حملنا ما رويناه على نصب الشرع يلزم التناقض.

قوله: كَمَا ذَكَرْنَاهُ، إشارة إلى **قوله:** وَلِأَنَّهُ تَعَذَّرَ اعْتِبَارُ مِقْدَارِ الزِّيَادَةِ، أو إلى **قوله:** وَلِأَنَّ الكَرَّ وَالفَرَّ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، في فصل كيفية القسمة؛ وذلك لأنه كم من فارس يترجح غناء على فرسان كثيرة، وكذلك الراجل قد يزيد غناؤه على رجّالة كثيرة، فلا يعتبر ذلك في زيادة استحقاق السهم؛ لما أن تلك الزيادة في جنس واحد.

قوله: لِمَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، إشارةٌ إلى ما ذكر في باب الغنائم وقسمتها **بقوله:** وَلِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ إِثْبَاتُ اليَدِ الحَافِظَةِ وَالنَّاقِلَةِ، فلمّا لم يثبت الإحراز بدار الإسلام لم يثبت النافلة، فلا يثبت الاستيلاء، ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك.

قوله: وَوُجُوبُ الضَّمَانِ بِالإِتْلَافِ، بالرفع معطوف على **قوله:** المِلْكُ عِنْدَهُ، أي: يثبت وجوب الضمان بالإتلاف عند محمد رحمه الله، يعني: إذا أتلف غير المنفَّل له من الغزاة

عَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

السلب الذي أصابه المنفل له يضمن عند محمد، وعندهما لا يضمن بناءً على أن الملك يثبت له بنفس التنفيل عند محمد، وعندهما لا يثبت بدون الإحراز بدار الإسلام.

فوجه قول محمد أنه اختص بملكها، فيحل له وطؤها بعد الاستبراء، كالمسلم يشتري جارية في دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء؛ وهذا لأن ملك المتعة سببه ملك الرقبة، وقد تحقق هذا السبب في حقه حتى اختص بملكها بتنفيل الإمام؛ وهذا بخلاف اللص في دار الحرب إذا أخذ جارية فاستبرأها، فإنه لا يحل له وطؤها؛ لأنه ما اختص بملكها، ألا ترى أنه لو التحقق بجيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها.

وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا: سبب الملك في المنفل هو القهر، فلا يتم إلا بالإحراز بدار الإسلام، كما في الغنيمة في حق الجيش؛ وهذا لأنه قبل الإحراز قاهر يدًا، مقهور دارًا، فيكون السبب ثابتًا من وجه دون وجه، ولا أثر للتنفيل في إتمام القهر، إنما تأثير التنفيل في قطع شركة الجيش مع المنفَّل له، فأمَّا سبب الملك للمنفل له ما هو السبب لولا التنفيل، وهو القهر، فأشبه من هذا الوجه ما أخذه اللص في دار الحرب، بخلاف المشتراة، فسبب الملك فيها تمَّ بالعقد والقبض.

وعلى هذا الخلاف لو قسم الإمام الغنائم في دار الحرب فأصاب رجل جارية فاستبرأها؛ لأن بقسمة الإمام لا ينعدم المانع من تمام القهر، وهو كونهم مقهورين دارًا.

ومن أصحابنا من يقول: لمَّا نُفذت القسمة من الإمام تصير هي بمنزلة المشتراة؛ لأن من وقعت في سهمه إنما يملك بالقسمة وقد تمَّت، فينبغي أن يحل الوطء عندهم جميعًا، والأول أظهر، كذا في «المبسوط» في باب ما أصيب في الغنيمة.

فعلى هذا كان في مسألة القسمة في دار الحرب اختلاف أيضًا، كما في الضمان.

قوله: وَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا، أي: وجوب الضمان، وفي نسخة بدون الواو، والله أعلم.[1]

---

(١) هاهُنا تمَّ المجلد الرابع من نسخة المكتبة السليمانية (س)، وجاء بعده: (آخر الجزء، ولله الحمد والمنَّة، يتلوه في الذي يليه باب استيلاء الكفار).

(بَابُ اسْتِيلَاءِ الكُفَّارِ)

(وَإِذَا غَلَبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ فَسَبَوْهُمْ وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكُوهَا)؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ قَدْ تَحَقَّقَ فِي مَالٍ مُبَاحٍ وَهُوَ السَّبَبُ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى (فَإِنْ غَلَبْنَا عَلَى التُّرْكِ حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ أَمْلَاكِهِمْ.

(وَإِذَا غَلَبُوا عَلَى أَمْوَالِنَا وَالعِيَاذُ بِاللهِ وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكُوهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ

بابُ استيلاء الكفار

لمَّا ذكر استيلاءَنا على الكفار ذكر في هذا الباب عكسه؛ لأن له أحكامًا مختلفة أيضًا، فكان قوله: اسْتِيلَاءِ الكُفَّارِ، من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل، لكن بدأ الباب بذكر استيلاء الكفار الكفارَ فقال: وَإِذَا غَلَبَ التُّرْكُ عَلَى الرُّومِ.

فالترك: جمع التركي، والروم: جمع الرومي، فالمراد منه كفار الترك ونصارى الروم، فكلاهما كافران.

قوله: حَلَّ لَنَا مَا نَجِدُهُ مِنْ ذَلِكَ، أي: ما نجده من الذي أخذه الترك من أهل الروم؛ لأن ذلك المأخوذ صار ملكًا للترك كسائر أملاكهم.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً - أي: في دار الإسلام - وَانْتِهَاءً، أي: في دار الحرب عند الإحراز بها، وجاز أن يكون قوله: انْتِهَاءً، احترازًا عمن رمى إلى مسلم وارتد قبل الإصابة؛ فإنه لم يبق معصومًا.

اللهُ: لا يَمْلِكُونَهَا؛ لِأَنَّ الِاسْتِيلَاءَ مَحْظُورٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً وَالمَحْظُورُ لا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الخَصْمِ، وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ دَفْعًا لِحَاجَةِ المُكَلَّفِ كَاسْتِيلَائِنَا عَلَى أَمْوَالِهِمْ، وَهَذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ ضَرُورَةَ تَمَكُّنِ المَالِكِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا زَالَتِ المُكْنَةُ عَادَ مُبَاحًا كَمَا كَانَ، غَيْرَ أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ لا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالإِحْرَازِ بِالدَّارِ؛

قوله: وَالمَحْظُورُ لا يَنْتَهِضُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ قَاعِدَةِ الخَصْمِ، وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح في المحظور الذي هو محظور من وجه دون وجه، كما في البيع الفاسد، وأمَّا المحظور من كل وجه بأن يكون محظورًا بأصله ووصفه، كما في البيع الباطل بأن باع شيئًا بميتة أو دم أو استولى المسلم على مال المسلم، فإنه غير موجب للملك بالاتفاق.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الِاسْتِيلَاءَ وَرَدَ عَلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَيَنْعَقِدُ سَبَبًا لِلْمِلْكِ، كما في الاصطياد والاحتطاب، وإنما قلنا أن استيلاء الكفار ورد على مال مباح؛ لأن استيلاءهم على أموالنا إنما يُثبت الملك لهم إذا أحرزوها بدارهم، والكلام فيه، فبعد الإحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباح التملك، فلا يكون أخذهم ذلك المال عدوانًا، كذا في «الأسرار».

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ العِصْمَةَ تَثْبُتُ عَلَى مُنَافَاةِ الدَّلِيلِ، أي: هذا المدعى، وهو أن استيلاءهم وردَ على مال مباح، إنما هو كذلك؛ لأن العصمة في المال لكل من ثبتت من المسلم والكافر إنما يثبت على خلاف الدليل، فإن الدليل يقتضي أن لا يكون المال معصومًا لأحد لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، إلا أن العصمة إنما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الأسباب، من شراء، أو إرث أو غيرهما، ليتمكن من الانتفاع به؛ إذ لو لم يكن مخصوصًا هو به بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع به، فأثبت الشارع العصمةَ للمالك قطعًا للمنازعة وتمكينًا للمالك من الانتفاع، فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب إحرازهم بدار الحرب لم يبق ما يوجب عصمته، وهو تمكين المالك من الانتفاع، عاد المال مباحًا كما يقتضيه الدليل، فصار بمنزلة الصيد والحشيش، ثمَّ لما وقع استيلاؤهم إيَّاه في هذه

لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الِاقْتِدَارِ عَلَى المَحَلِّ حَالًا وَمَآلًا، وَالمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا لِكَرَامَةٍ تَفُوقُ المِلْكَ وَهُوَ الثَّوَابُ الآجِلُ فَمَا ظَنُّكَ بِالمِلْكِ العَاجِلِ؟.

الحالة كان استيلاءً مباحًا، فأوجب الملك لهم، وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورقابنا، فإن الرقاب كلها لم تخلق محلًّا للتملك في الأصل، وإنما تثبت المحليَّة بعارض الكفر وليس في رقابنا ذلك، فلذلك لا يملكون إحرازنا، وإن أحرزوها بدارهم فكانت صفة الأموال مع الرقاب على طرفي نقيض.

قوله: لِأَنَّهُ - أي: لأن الإحراز بالدار - عِبَارَةٌ عَنِ الِاقْتِدَارِ عَلَى المَحَلِّ حَالًا وَمَآلًا، يعني: أن الكفار إذا استولوا أموال المسلمين، فهم ماداموا في دار الإسلام لم يكن لهم الاستيلاء من كل وجه، حيث لم يوجد استيلاؤهم مآلًا؛ لما أن الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم ويأخذون الأموال، وأمَّا إذا أحرزوها بدار الحرب فلا يغلب المسلمون على الكافرين لانقطاع الولاية، فلا يؤخذ منهم الأموال فيقتدرون حينئذٍ على الأموال حالًا ومآلًا.

قوله: وَالمَحْظُورُ لِغَيْرِهِ إِذَا صَلُحَ سَبَبًا، إلى آخره، جواب عن قول الخصم أنه محظور، قلنا: نعم هو محظور، إلا أنه محظور لغيره ومباح في نفسه، لكونه سببًا لإقامة المصالح على ما ذكرنا، والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببًا للملك، كالبيع وقت النداء، دل عليه أن المحظور لغيره وهو الصلاة في الأرض المغصوبة، يصلح سببًا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة، فلأَن يصلح سببًا للملك في الدنيا أَوْلَى، كذا في «الطريقة العلانية».

فإن قلتَ: لو ثبت الملك في مال المسلم للكافر بالاستيلاء عند الإحراز بدار الحرب، لما ثبتت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته، أو من المشتري الذي اشتراه من أهل الحرب، بدون رضا الغازي والمشتري بالقيمة أو الثمن، كما لا يثبت للمالك القديم ولاية الاسترداد فيما إذا اشتراه المستأمن من أهل الحرب، وأدخله في دار الحرب، ثم وقع في قسمة الغازي أو اشتراه المسلم.

قلتُ: إن بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم، ألا ترى أن الواهب يرجع في الهبة ويعيدها إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له

(فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ فَوَجَدَهَا الْمَالِكُونَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدُوهَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ أَخَذُوهَا بِالْقِيمَةِ إِنْ أَحَبُّوا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِيهِ «إِنْ وَجَدْتَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْتَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لَكَ بِالْقِيمَةِ» وَلِأَنَّ الْمَالِكَ الْقَدِيمَ زَالَ مِلْكُهُ بِغَيْرِ رِضَاهُ فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْأَخْذِ نَظَرًا لَهُ، إِلَّا أَنَّ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُوذِ مِنْهُ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ الْخَاصِّ فَيَأْخُذُهُ بِالْقِيمَةِ؛

مع زوال ملك الواهب للحال، كذا في «الأسرار»، وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له.

وذكر في «الإيضاح»: ثم الملك وإن زال عندنا فللمالك القديم حق إعادة الملك؛ لأن الملك زال بدون رضاه، فأوجب الشرع له حق الإعادة نظرًا له، لكن من شرط النظر له أن لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، فنقول: إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة على ما يجيء.

قوله: فَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهَا الْمُسْلِمُونَ، أي: على الأموال التي أخذها الكافرون منّا.

قوله: فَوَجَدَهَا الْمَالِكُونَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَهِيَ لَهُمْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، أي: وإن أحرزها الغانمون بدار الإسلام.

وذكر في «الإيضاح»: فأمّا إذا وجد قبل القسمة فكان ينبغي أن يأخذ بالقيمة أيضـًا؛ لأن حق الجماعة يتعلق به، وقد استحكم هذا بالإحراز بدار الإسلام، ألا ترى أنه لو أتلف إنسان شيئًا من الغنيمة قبل القسمة يضمن، إلا أنا تركنا هذا الأصل بحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، فإنه روي عنه: أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه، فسأل النبي صلى الله عليه وسلّم عن ذلك فقال: «إِنْ وَجَدْتَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ» الحديث.

قوله: إِلَّا أَنَّ فِي الْأَخْذِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ضَرَرًا بِالْمَأْخُوذِ مِنْهُ؛ لأنه إذا كان بعد القسمة فقد تعلق به حق مالك معين، وإنّما يعين له هذا الحق بإزاء ما انقطع من حقه عمّا في أيدي الباقين، فإذا قطع حقه عن هذا العين مجانـًا أدّي إلى الإضرار به، وقد ذكرنا أن النظر واجب على وجه

لِيَعْتَدِلَ النَّظَرُ مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَالشَّرِكَةُ قَبْلَ القِسْمَةِ عَامَّةٌ فَيَقِلُّ الضَّرَرُ فَيَأْخُذُهُ بِغَيْرِ قِيمَةٍ. (وَإِنْ دَخَلَ دَارَ الحَرْبِ تَاجِرٌ فَاشْتَرَى ذَلِكَ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ فَمَالِكُهُ الأَوَّلُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ)؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالأَخْذِ مَجَّانًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ دَفَعَ العِوَضَ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ اعْتِدَالُ النَّظَرِ فِيمَا قُلْنَاهُ، وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ، وَلَوْ وَهَبُوهُ لِمُسْلِمٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا وَهُوَ مِثْلِيٌّ يَأْخُذُهُ قَبْلَ القِسْمَةِ وَلَا يَأْخُذُهُ بَعْدَهَا؛ لِأَنَّ الأَخْذَ بِالمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا لَا يَأْخُذُهُ لِمَا بَيَّنَّا،

لا يضر بالغير.

قوله: وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ يَأْخُذُهُ بِقِيمَةِ العَرَضِ، أمّا لو اشترى مسلم من أهل الحرب عبدًا لمسلم بخمر أو خنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد؛ لأنه يأخذ بطيبة نفس منه لا بالبيع فصار كالهبة، كذا في «الإيضاح».

قوله: لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ مِلْكٌ خَاصٌّ فَلَا يُزَالُ إِلَّا بِالقِيمَةِ، فإن قيل: هذا الملك ثبت للموهوب له بغير عوض، بخلاف ما لو ثبت لأحد الغزاة بالقسمة؛ لأن هذا الحق إنما تعين له بإزاء ما انقطع من حقه عمَّا في أيدي الباقين على ما ذكرنا، قلنا: هاهُنا أيضـًا ثبت له هذا الملك بالعوض معنًى؛ لما أن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة، فجعل ذلك المعنى معتبَرًا في إثبات حقه في القيمة، إلى هذا أشار في «المبسوط».

قوله: وَلَوْ كَانَ مَغْنُومًا وَهُوَ مِثْلِيٌّ، كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير، أي: ولو كان الذي أخذه الكفار من المسلمين مثليًا كما ذكرنا، ثم وقع ذلك المثلي في الغنيمة فلصاحبه القديم أن يأخذ قبل القسمة بغير شيء، وإن كان بعد القسمة لم يأخذه؛ لأنه لا فائدة في أخذه لما ذكر في الكتاب.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ الأَخْذَ بِالمِثْلِ غَيْرُ مُفِيدٍ.

وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا.

قَالَ: (فَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وَأَخَذَ أَرْشَهَا فَإِنَّ المَوْلَى يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أُخِذَ بِهِ مِنَ العَدُوِّ) أَمَّا الأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلْنَا (وَلا يَأْخُذُ الأَرْشَ)؛ لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ صَحِيحٌ، فَلَوْ أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ وَهُوَ لا يُفِيدُ وَلا يُحَطُّ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ؛

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ مُشْتَرًى بِمِثْلِهِ قَدْرًا وَوَصْفًا، أي: إذا كان الذي أخذه الكفار من المسلمين شيئًا مثليًا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرًا ووصفًا، ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه؛ لأنه غير مفيد، وإنما قيّد بقوله: قَدْرًا وَوَصْفًا، احترازًا عمَّا لو اشتراه المسلم بأقل قدرًا منه، أو بجنس آخر، أو بجنسه، ولكن أردى منه وصفًا، فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري.

وقال في «الإيضاح»: إلا أن يكون اشتراه منهم بخلاف جنسه، فيكون الأخذ مفيدًا، وكذلك لو اشتراه بجنسه بأقل منه فله أن يأخذ بمثل ما اشتراه، ولا يكون هذا ربًا؛ لأنه إنما فدى ليستخلص ملكه ويعيد ه إلى قديم ملكه.

قوله: أَمَّا الأَخْذُ بِالثَّمَنِ فَلِمَا قُلْنَا، وهو قوله: لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِالأَخْذِ مَجَانًا.

قوله: لِأَنَّ المِلْكَ فِيهِ صَحِيحٌ، احتراز عن المشتري شراء فاسدًا، فإن الأوصاف هناك مضمونة على ما ذكر في الكتاب.

قوله: لِأَنَّ الأَوْصَافَ لا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، قيل: فيه نظر؛ لأن الوصف إنما لا يقابله شيء من الثمن إذا لم يصر مقصودًا بالتناول، ألا ترى أن لو اشترى عبدًا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة، فإنه يحط من الثمن ما يخص العين؛ لأنها صارت مقصودة بالتناول، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ، فإن الأوصاف يقابلها شيء من الثمن في الشفعة، حتى لو استهلك

لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَمَّا تَحَوَّلَتْ إِلَى الشَّفِيعِ صَارَ الْمُشْتَرَى فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا، وَالأَوْصَافُ تُضْمَنُ فِيهِ كَمَا فِي الغَصْبِ، أَمَّا هَاهُنَا المِلْكُ صَحِيحٌ فَافْتَرَقَا. (وَإِنْ أَسَرُوا عَبْدًا فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَسَرُوهُ ثَانِيًا وَأَدْخَلُوهُ دَارَ الحَرْبِ فَاشْتَرَاهُ رَجُلٌ آخَرُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛ لِأَنَّ الأَسْرَ مَا وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ (وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ)؛

المشتري من الدار شيئًا سقط حصته من الثمن؛ لأن المشترى في الذي وجبت الشفعة بِمَنْزِلَةِ الْمُشْتَرَى شِرَاءً فَاسِدًا، من حيث أن كل واحدٍ منهما واجب الرد، والأوصاف تضمن في المشترى شراءً فاسدًا.

قوله: كَمَا فِي الغَصْبِ، بأن غصب جارية فذهبت إحدى عينيها يضمن نصف قيمتها.

أمَّا الجواب عن مسألة المرابحة المذكورة في «الفوائد» قلنا: الشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة، وأمَّا هاهنا فإلحاق الأطراف بالعين شبهة فلا يعتبر، فلذلك لا يأخذ المالك القديم الأرش.

فإن قيل: شراء التاجر هنا أيضًا بمنزلة شراء المشترى شراء فاسدًا من حيث وجوب الرد.

قلنا: إلحاق مسألة الشفعة بالمشترى شراء فاسدًا أولى من شراء التاجر من الكافر، من حيث أن شراء المشتري بدون رضا الشفيع مكروه، بخلاف شراء التاجر بدون رضا المالك.

ثم اعلم أن **قوله:** بِخِلَافِ الشُّفْعَةِ، إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل قصدي، فحينئذٍ يقابل الأوصاف شيء من الثمن في الشفعة، بخلاف مسألتنا حيث لا يقابلها شيء من الثمن، وإن كان فواتها بفعل قصدي، وأمَّا إذا كان فوات الأوصاف بآفة سماوية في الشفعة بأن جفَّ شجرة البستان، فلا يقابل الأوصاف شيءٌ من الثمن، فحينئذٍ لا تخالف مسألة الشفعة لمسألتنا.

قوله: وَلِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنَ الثَّانِي بِالثَّمَنِ، فإن قيل: لو أثبتنا حق الأخذ

لِأَنَّ الأَسْرَ وَرَدَ عَلَى مِلْكِهِ (ثُمَّ يَأْخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِالْفَيْنِ إِنْ شَاءَ)؛ لِأَنَّهُ قَامَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنَيْنِ فَيَأْخُذُهُ بِهِمَا، وَكَذَا إِذَا كَانَ المَأْسُورُ مِنْهُ الثَّانِي غَائِبًا لَيْسَ لِلْأَوَّلِ أَنْ يَأْخُذَهُ اعْتِبَارًا بِحَالِ حَضْرَتِهِ (وَلا يَمْلِكُ عَلَيْنَا أَهْلُ الحَرْبِ بِالغَلَبَةِ مُدَبَّرِينَا وَأُمَّهَاتِ أَوْلادِنَا وَمُكَاتَبِينَا وَأَحْرَارَنَا وَنَمْلِكُ عَلَيْهِمْ جَمِيعَ ذَلِكَ)؛ لِأَنَّ السَّبَبَ إِنَّمَا يُفِيدُ المِلْكَ فِي مَحَلِّهِ، وَالمَحَلُّ المَالُ المُبَاحُ، وَالحُرُّ مَعْصُومٌ بِنَفْسِهِ، وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ تَثْبُتُ الحُرِّيَّةُ فِيهِ مِنْ وَجْهٍ، بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ عِصْمَتَهُمْ جَزَاءً عَلَى جِنَايَتِهِمْ وَجَعَلَهُمْ أَرِقَّاءَ وَلا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ. (وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ

للذي اشتراه من العدو أوّلًا لأضررنا بالمالك القديم؛ لأنه حينئذٍ يأخذ بالثمنين.

قلنا: رعاية حق من اشتراه من العدو أوّلًا أولى؛ لأن حقه يعود في الألف التي نقدها بلا عوض يقابلها، والمالك القديم يلحقه الضرر لكن بعوض يقابله، وهو العبد، فكان ما قلناه أولى، كذا في «الفوائد الظهيريَّة».

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ المَأْسُورُ مِنْهُ الثَّانِي غَائِبًا، وهو المشتري الأول.

قوله: وَكَذَا مَنْ سِوَاهُ، أي: من سوى الحر، وهو المدبر والمكاتب وأم الولد.

قوله: بِخِلَافِ رِقَابِهِمْ، أي: رقاب أحرار الكفار ومدبريهم، وأمّهات أولادهم.

قوله: وَلا جِنَايَةَ مِنْ هَؤُلَاءِ، أي: من مدبرينا، وأمهات أولادنا، ومكاتبينا، وأحرارنا، فلا يملكهم الكفار وإن استولوهم، فلمّا لم يملكهم الكفار لم تملكهم الغزاة، حتى لو كان أهل الحرب أخذوا من دار الإسلام مدبرًا لرجل وأم ولده أو مكاتبه، ثمَّ ظهر عليهم فهم لمالكهم قبل القسمة وبعد القسمة بغير شيء؛ لأن هذه المعانِي تمنع التملك لمكان التشبيه بالأحرار، والكفار لا يملكونهم فكذلك هاهنا، كذا في «الإيضاح».

قوله: وَإِذَا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسْلِمٍ، إلى آخره، والقيد بأن كان العبد لمسلم اتفاقي، فإنه إذا

فَدَخَلَ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا يَمْلِكُونَهُ)؛ لِأَنَّ العِصْمَةَ لِحَقِّ المَالِكِ لِقِيَامِ يَدِهِ وَقَدْ زَالَتْ، وَلِهَذَا لَوْ أَخَذُوهُ مِنْ دَارِ الإِسْلَامِ مَلَكُوهُ، وَلَهُ أَنَّهُ ظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا؛ لِأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ لِتَحَقُّقِ يَدِ المَوْلَى عَلَيْهِ تَمْكِينًا لَهُ مِنَ الِانْتِفَاعِ وَقَدْ زَالَتْ يَدُ المَوْلَى فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ

كان لذمي فالحكم كذلك، فإنه ذكر الإمام أبو اليُسر في «غنى الفقهاء»: العبد المسلم لمسلم أو لذمي إذا أبق إلى دار الحرب وأخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، حتى أن مولاه متى وجدَهُ في يد إنسان بعد ذلك يأخذه بغير شيءٍ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يملكونه حتى لو وجده المسلم في يد من استولى عليه بعدما أسلم أو صار ذميًّا لا يأخذه منه، ولو وجدوه في يد غانم أو متملك بغير عوض يأخذه بالقيمة.

لأبي حنيفة رحمه الله أنه آدمي ذو يد معتبرة بالإجماع، حتى إذا أودع العبد وديعة لم يكن لمولاه حق القبض، فإن قالوا: الخلاف في عبد مسلم آبق، وفي عبد مسلم ارتد ولحق بدار الحرب، وفي عبد كافر لمسلم آبق خلاف واحد، فنقول: لا كذلك، بل المرتد يملكه الكفار، وأمَّا العبد الكافر فهو ذمي تبع لمولاه، وما بطلت الذمة باللحوق بدار الحرب فلا يملكه الكفار، هكذا كان مكتوبًا بخط شيخي رحمه الله محالًا إلى «غنى الفقهاء».

وذكر في «طريقة مجد الأئمة السُّرخكَتيّ» رحمه الله: العبد إذا كان ذميًّا ففيه قولان، وأمَّا إذا كان مرتدًّا فأبق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالإجماع.

قوله: لِأَنَّ سُقُوطَ اعْتِبَارِهِ، أي: اعتبار يد العبد.

قوله: فَظَهَرَتْ يَدُهُ عَلَى نَفْسِهِ؛ لأنه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا إلى من يخلفه، فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة؛ لأنه مسلم يمنع ذلك إحرازُ المشركين إيَّاه، وبدون الإحراز لا يملكونه.

فإن قيل: كيف تظهر يد العبد على نفسه، وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فَوْر فوت يد المولى؛ لأن دار الحرب في أيديهم.

وَصَارَ مَعْصُومًا بِنَفْسِهِ فَلَمْ يَبْقَ مَحِلًّا لِلْمِلْكِ، بِخِلَافِ المُتَرَدِّدِ؛ لِأَنَّ يَدَ المَوْلَى بَاقِيَةٌ عَلَيْهِ لِقِيَامِ يَدِ أَهْلِ الدَّارِ فَمَنَعَ ظُهُورَ يَدِهِ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُمْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَأْخُذُهُ المَالِكُ القَدِيمُ بِغَيْرِ شَيْءٍ مَوْهُوبًا كَانَ أَوْ مُشْتَرًى أَوْ مَغْنُومًا قَبْلَ القِسْمَةِ، وَبَعْدَ القِسْمَةِ يُؤَدَّى عِوَضُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ لا يُمْكِنُ إِعَادَةُ القِسْمَةِ

قلنا: لأن بين الدارين حدًّا لا يكون في يد أحد، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه؛ ولأن يد الدار يد حكميَّة ويد العبد يد حقيقيَّة، فلا تندفع بيد الدار، إلى هذا أشار فخر الإسلام.

قوله: بِخِلَافِ المُتَرَدِّدِ، أي: في دار الإسلام.

قوله: لِأَنَّ يَدَ المَوْلَى بَاقِيَةٌ، في حقه حكماً، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضاً له، فبقاء المانع حكماً يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتم إحراز المشركين إيَّاه، وأمَّا الآبق إلى دار الحرب فلا يكون في يد مولاه حكماً، حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز، هكذا ذكره أبو الحسين قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمهما الله، كذا في «المبسوط»، و«الأسرار».

قوله: يُؤَدَّى عِوَضُهُ، أي: فيما إذا وجده المالك في يد من وقع في سهمه في الغنيمة بعد القسمة يؤدي الإمام عوضه إلى من أخذ منه المالك من بيت المال، وأمَّا في الصور الثلاث، وهي ما إذا كان موهوباً أو مشترى أو مغنوماً قبل القسمة، فلا يؤدي عوضه، وأمَّا في الشراء فإنما لا يغرم للمشتري شيئاً ممَّا قد أدى؛ لأنه فدى ملكه بغير أمره، إلا أن يكون أمره بالفداء فحينئذ يرجع عليه بما أدَّى، وعندهما يأخذه منه بالثمن إن شاء، كما في العبد المأسور بالاتفاق، ثم إنما يعوضه من بيت المال في المغنوم بعد القسمة؛ لأن نصيبه استحق فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة، وقد تعذَّر ذلك لتفرقهم فيعوضه من بيت المال؛ لأن هذه من نوائب المسلمين، ومال بيت المال معد لذلك؛ ولأنه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كالجوهرة ونحوها يوضع في بيت المال، فكذلك إذا لحق غرم يجعل ذلك على بيت المال؛ لأن الغرم مقابل بالغنم، وهكذا على أصل الكل إذا كان المأسور مدبرًا أو مكاتباً أو أم ولد، فإن المالك القديم يأخذه بغير شيء بعد القسمة، ويعوض الإمام لمن وقع في سهمه قيمته

لِتَفَرُّقِ الغَانِمِينَ وَتَعَذُّرِ اجْتِمَاعِهِمْ وَلَيْسَ لَهُ عَلَى المَالِكِ جُعْلُ الآبِقِ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ إِذْ فِي زَعْمِهِ أَنَّهُ مِلْكُهُ. (وَإِنْ نَدَّ بَعِيرٌ إِلَيْهِمْ فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ) لِتَحَقُّقِ الِاسْتِيلَاءِ إِذْ لا يَدَ لِلْعَجْمَاءِ لِتَظْهَرَ عِنْدَ الخُرُوجِ مِنْ دَارِنَا، بِخِلَافِ العَبْدِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

(وَإِنِ اشْتَرَاهُ رَجُلٌ وَأَدْخَلَهُ دَارَ الإِسْلَامِ فَصَاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) لِمَا بَيَّنَّا (فَإِنْ أَبَقَ عَبْدٌ إِلَيْهِمْ وَذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ وَمَتَاعٍ فَأَخَذَ المُشْرِكُونَ ذَلِكَ كُلَّهُ وَاشْتَرَى رَجُلٌ ذَلِكَ كُلَّهُ، وَأَخْرَجَهُ إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ فَإِنَّ المَوْلَى يَأْخُذُ العَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالفَرَسَ وَالمَتَاعَ بِالثَّمَنِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: يَأْخُذُ العَبْدَ وَمَا مَعَهُ بِالثَّمَنِ إِنْ شَاءَ) اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ وَقَدْ بَيَّنَّا الحُكْمَ فِي كُلِّ فَرْدٍ.

من بيت المال لما قلنا، كذا في «المبسوط».

قوله: وَلَيْسَ لَهُ - أي: للغازي أو للتاجر - لِأَنَّهُ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ، والجعل إنما يجب إذا أخذه الآخذ على قصد الرد إلى مالكه.

قوله: اعْتِبَارًا لِحَالَةِ الِاجْتِمَاعِ بِحَالَةِ الِانْفِرَادِ، يعني: إذا أبق العبد بدون البعير لا يملكونه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وإذا ندَّ بعير إليهم بدون العبد يملكونه، فكذا إذا أبق العبد مع البعير أو مع شيء آخر من المال، فيأخذ المولى العبد بغير شيء ويأخذ المال بالثمن؛ لما أن الملك ثبت للكفار في المال دون العبد.

فإن قيل: على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء؛ لأنه لمَّا ظهر يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضاً، لانقطاع يد المولى عن المال؛ لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه، فلا يصير ملكاً لهم.

قلنا: ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق، فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال.

(وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الحَرْبِ عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لا يُعْتَقُ)؛ لِأَنَّ الإِزَالَةَ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ البَيْعُ وَقَدِ انْقَطَعَتْ وِلَايَةُ الجَبْرِ عَلَيْهِ فَبَقِيَ فِي يَدِهِ عَبْدًا، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ، فَيُقَامُ الشَّرْطُ وَهُوَ تَبَايُنُ الدَّارَيْنِ مَقَامَ العِلَّةِ وَهُوَ الإِعْتَاقُ تَخْلِيصًا لَهُ، كَمَا يُقَامُ مُضِيُّ ثَلَاثِ حِيَضٍ مَقَامَ التَّفْرِيقِ فِيمَا إِذَا

قوله: وَإِذَا دَخَلَ الحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ وَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الحَرْبِ عَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَا: لا يُعْتَقُ، وعلى هذا الاختلاف إذا كان العبد ذميًّا؛ لأنه يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به إلى دار الحرب، كذا في «الإيضاح».

وأصل المسألة ما ذكره في «المبسوط»: وهو أن الحربي المستأمن إذا اشترى في دار الإسلام عبدًا مسلماً أو ذميًّا، أو أسلم بعض عبيده الذين أدخلهم لم يترك ليرده إلى دار الحرب؛ لأنه مسلم فلا يترك في ملك الكافر ليستذله، ولكن يجبر على بيعه من المسلمين بمنزلة الذمي يسلم عبده.

فإن قيل: الذمي ملتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، والمستأمن غير ملتزم لذلك، قلنا: المستأمن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسليمن، فإنا ما أعطينا الأمان ليستذل المسلمَ؛ إذ لا يجوز إعطاء الأمان على هذا، فلهذا يجبر على بيعه.

قوله: لِأَنَّ الإِزَالَةَ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً بِطَرِيقٍ مُعَيَّنٍ وَهُوَ البَيْعُ، يعني: لا بالعتق؛ لأن مال المستأمن محترم، كذا ذكره صدر الإسلام.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ تَخْلِيصَ المُسْلِمِ عَنْ ذُلِّ الكَافِرِ وَاجِبٌ، ولكن ذلك الكافر ما دام مستأمناً في دار الإسلام يزال بالعوض وهو الإزالة بالبيع، ولا يزال بالعتق؛ لأن مال المستأمن محترم ما دام في الإسلام، فإذا أدخله في دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان فاستحق الإزالة بالعتق؛ لأنه لمَّا انتهى أمانه بالعود إلى دار الحرب سقطت عصمة

أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي دَارِ الحَرْبِ.

(وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِحَرْبِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا أَوْ ظُهِرَ عَلَى الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَى عَسْكَرِ المُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ) لِمَا رُوِيَ «أَنَّ عَبِيدًا مِنْ عَبِيدِ الطَّائِفِ أَسْلَمُوا وَخَرَجُوا إِلَى رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَضَى بِعِتْقِهِمْ وَقَالَ:

ماله، فتعين العتق مخلصـًا للعبد؛ أي: لو كان الإمام قادرًا على إزالة العبد هناك عن استيلائه، كان الواجب على الإمام أن يجبره على الإعتاق لا على البيع لانعدام عصمة ماله، فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة إزالة ملكه لسقوط حرمة ملكه، بخلاف ما إذا كان في دار الإسلام، ثمَّ لما قصرت ولاية القاضي عن إزالة ملكه بالإعتاق، وهي العلة في زوال ملكه، فقام شرط زوال عصمة مال المستأمن الذي هو دخول دار الحرب مقام علة الزوال، وهي إعتاق الإمام عليه؛ لما أنه قد يقام الشرط مقام العلة عند عدم إمكان إضافة الحكم إلى العلة، كما في حفر البئر على قارعة الطريق.

وذكر الإمام الإسبيجابي رحمه الله: وهذا بخلاف أم ولد النصراني إذا أسلمت، حيث يقضى بالسعاية عليها وتعتق، وهاهنا يُعتق مجانـًا؛ لأن ملك الذمي محترم وملك الحربي غير محترم ولا قيمة له.

ولا يقال: الإحراز بدار الحرب سبب لإثبات الملك فيما لم يكن مالكـًا له، ألا ترى أنَّهم إذا أسروا عبدًا مسلمـًا في دارنا ملكوه إذا أحرزوه بدارهم، فيستحيل أن يزول ملكه بالإحراز؛ لأن الإحراز لمَّا صار سببـًا لإثبات الملك ابتداءً، فأولى أن يبقى الملك الثابت كما كان، وإلا يلزم أن يكون ما هو المثبت للملك مزيلًا له وهو مدفوع بمرَّةٍ.

قلنا: ليس هذا كما أخذوا عبدًا في دارنا؛ لأنَّهم لا يملكونه بالأخذ حتى يستحق عليهم الإزالة بسبب الاستيلاء، وإنما يملكونه بالإحراز بخلاف ما نحن فيه، فإنَّهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الإزالة بالبيع ماداموا في دارنا، ولمَّا أدخلوه في دارهم استحق الإزالة أيضـًا بإقامة شرط الزوال مقام الإزالة على ما ذكرنا من انتهاءِ عصمة ماله بالإحراز بدار الحرب.

هُمْ عُتَقَاءُ اللهِ» وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاغِمًا لِمَوْلَاهُ أَوْ بِالِالتِحَاقِ بِمَنَعَةِ المُسْلِمِينَ، إِذَا ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ، وَاعْتِبَارُ يَدِهِ أَوْلَى مِنِ اعْتِبَارِ يَدِ المُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ثُبُوتًا عَلَى نَفْسِهِ، فَالحَاجَةُ فِي حَقِّهِ إِلَى زِيَادَةِ تَوْكِيدٍ وَفِي حَقِّهِمْ إِلَى إِثْبَاتِ اليَدِ ابْتِدَاءً فَلِهَذَا كَانَ أَوْلَى، وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

وذكر في «المبسوط»: فإن قيل: بارتفاع الأمان زال صفة الحظر لا أصل الملك؛ كمن أباح لغيره شيئاً لا يزول أصل ملكه به، فملكه المباح في دار الحرب إبقاء ما كان من الملك له، لا إثبات ملك له فيه ابتداء.

قلنا: ما كان ملكه بعد إسلام العبد في دار الإسلام إلا باعتبار صفة الحظر، فإنه لو لم يكن مستأمناً لكان العبد المسلم قاهرًا له وكان حرًّا، فإذا زال الحظر بزوال الأمان زال أصل الملك، ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله، وخرج إلينا كان حرًّا، وكان ما خرج به من المال له.

قوله: وَلِأَنَّهُ أَحْرَزَ نَفْسَهُ بِالخُرُوجِ إِلَيْنَا، يتصل بقوله: ثُمَّ خَرَجَ إِلَيْنَا.

وقوله: أَوْ بِالِالتِحَاقِ، يتصل بقوله: أَوْ ظَهَرَ عَلَى الدَّارِ.

وقيَّد بقوله: بِالخُرُوجِ إِلَيْنَا مُرَاغِمًا لِمَوْلَاهُ؛ لأنه إذا خرج إلينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الإمام، ويقف ثمنه للمولى؛ لأنه لم يخرج على سبيل التغلب، فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنًا إلى دارنا، كذا في «الإيضاح»، والله تعالى أعلم.(١)

تمَّ المجلد الخامس من «النِّهاية»، ويتلوه المجلد السادس، وفي أوله (بابُ المستأمن).

---

(١) هاهُنا تمَّ المجلد الثاني من نسخة مكتبة ولي الدين أفندي (و)، وجاء في آخره: (يتلوه في الذي يليه باب المستأمن، كتبت هذه النسخة المباركة برسم العبد الفقير، كمال الدين أبي عبد الله محمد بن القاضي سلطان الحنفي). انتهى

فهرس المحتويات

في المجلَّد الخامس من «النِّهاية في شرح الهداية»

كتابُ العتاق

كتابُ الأيمان

كتابُ الحدود

كتابُ السرقة

كتابُ السِّير

تمّ الفهرس